

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Las clausulas prohibitorias en los testamentos

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Regina Aymerich Renteria

DIRECTOR:

José Manuel González Porras

Madrid, 2015

R: 238
V

R. 136732



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5313571281

TE
1242

Regina Aymerich Rentería

LAS CLAUSULAS PROHIBITORIAS EN LOS TESTAMENTOS

DONATIVO

Departamento de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
1984



Colección Tesis Doctorales. Nº 110/84

X-53-377428-3

© Regina Aymerich Rentería

Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía
Noviciado, 3 Madrid-8
Madrid, 1984

Xerox 9200 XB 480

Depósito Legal: M-17659-1984

REGINA AYMERICH RENTERIA

LAS CLAUSULAS PROHIBITORIAS EN LOS TESTAMENTOS

Tesis presentada para la obtención del grado de doctor.

**Dirigida por el Prof. Dr. D. José Manuel González Porras
Catedrático de Derecho Civil**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

**Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Civil
Madrid, 1982**

1

PRIMERA PARTE

I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS CLAUSULAS PROHIBITORIAS.

S U M A R I O

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS CLAUSULAS PROHIBITORIAS.

1. EL SUPUESTO: EJEMPLOS Y FINALIDAD.

- A. DERECHO ESPAÑOL.
- B. DERECHO ALEMAN.
- C. DERECHO ITALIANO.
- D. DERECHO FRANCES.
- E. FINALIDAD.

2. LA PROHIBICIÓN DE IMPUGNAR EL TESTAMENTO Y EL ARTÍCULO 675-2 DEL CÓDIGO CIVIL.

- A. ORIGEN.
- B. SITUACION.
- C. JUSTIFICACION DEL PRECEPTO.

3. LA PROHIBICIÓN DE INTERVENCIÓN JUDICIAL.

4. LAS CLÁUSULAS DE OPCIÓN COMPENSATORIA DE LA LEGÍTIMA.

CONDERACIONES GENERALES SOBRE LAS CLAUSULAS PROHIBITORIAS;

1. EL SUPUESTO: EJEMPLOS Y FINALIDAD.

A. DERECHO ESPAÑOL. Leyendo la jurisprudencia española, llama la atención el hecho de encontrar en los testamentos, con frecuencia sorprendente, en principio injustificada, cláusulas redactadas en los siguientes términos:

"Del remanente de todos mis bienes, derechos y acciones intituyo por universales herederas a mis sobrinas ... por iguales partes y en pleno dominio ... y nombro albacea a don X., a quien autorizo ampliamente para el avaluo, adjudicación y liquidación de mis bienes y obligo a todos los interesados en la herencia a estar y pasar en absoluto por dichas operaciones, aunque alguno de ellos se creyera perjudicado, en cuyo caso el que resultase favorecido, se

entendería como legatario de los bienes en la parte que pudiese - serle favorable" (Sentencia 30 de noviembre de 1910).

"Aquella de mis hijas que en alguna forma impugnase alguna de las disposiciones que dejo ordenadas, perderá por tal hecho cuanto en este testamento se disponía a su favor, excepción de la legítima estricta, acreciendo lo que perdiese a su hermana" (Sentencia de 8 de noviembre de 1967).

"Nombro albaceas testamentarios con amplias y solidarias facultades para practicar privadamente las operaciones de inventario, avaluo, cuenta, división y demás operaciones particionales, ... resolver dificultades y reclamaciones que se susciten, perdiendo el heredero que no pase por ello su parte en la herencia, con prohibición de que intervenga en ella la justicia, a mis amigos don X, X y X. (Sentencia de 29 de enero de 1955).

"Prohibo toda intervención judicial en mi testamentaría y todo juicio necesario o prevención del mismo" (Sentencia de 17 de octubre de 1893).

"Si cualquiera de las personas interesadas en este testamento formulare reclamación judicial contra lo dispuesto en el mismo, - se le tendrá *ipso facto* sin derecho alguno a todo lo que resultare a su favor en virtud de la precedente disposición testamentaria" (Sentencia de 2 de diciembre de 1929).

"Prohibo la intervención judicial en mi testamentaría desheredando al que la promoviera" (Sentencia de 15 de febrero de 1911).

"Prohibo que mis herederos susciten contienda ni reclamación judicial alguna, resolviendo amigablemente entre ellos cuantas dificultades surgieran en la testamentaría o encomendándolas a los testamentarios, pues si por cualquier causa promoviesen cualquier especie de juicio que dijere relación con la herencia, el que tal hiciese perdería la parte que le correspondiese, acreciendo en -- los demás que se conformen" (Sentencia de 17 de febrero de 1907).

"Nombro por albacea, contador y partidos a don X., confiriéndole las facultades ordinarias del albaceazgo ... y prohibo toda intervención judicial en mi testamentaría... y encargo a todos mis herederos, que en bien de ellos no promuevan litigios, ni reclamaciones que contraríen mi voluntad, en perjuicio de sus propios intereses". (Sentencia de 23 de octubre de 1886).

"Instituyo por mis únicos y universales herederos a don X y don X. Y cada uno de los herederos, sustitutos o sucesores, quedan obligados a respetar y pasar por todo lo establecido en este testamento tanto en todas y cada una de las cláusulas estampadas ... y en caso de que alguno no lo hiciera y reclamase judicialmente oponiéndose al testamento, se entenderá que renuncia a la herencia y quedará privado de todo cuanto se le deja en el mismo, acreciendo su parte a la de los que repiten lo aquí dispuesto" (Sentencia de 21 de marzo de 1902).

B. DERECHO ALEMAN. Asimismo en la jurisprudencia alemana encontramos cláusulas testamentarias redactadas en similares térmi-

nos.

Así, en el caso de la Sentencia del Tribunal Territorial Superior de Dresde de 26 de febrero de 1914, el demandante estaba casado con la hija del comerciante X, hija que falleció en 1909. Hasta el año 1911 el demandante vivió con sus suegros; los cuales habían instituido heredero a éste en anteriores testamentos, pero en uno posterior de 1911 le dejaron sólo un legado de 2.000 mar-cos, en el supuesto de que por su parte no moviera ninguna preten-sión contra la herencia de los testadores; de manera que si ésto tenía lugar, el legado se incorporaría a la herencia (1).

En otra sentencia del Tribunal Supremo alemán, de 22 de junio de 1916, se relata en los hechos que el testador había dispuesto en su testamento que si cualquiera de sus descendientes atacaba - el mismo o cualquiera de las disposiciones otorgadas por él, debe-ría contentarse con su legítima, recibéndola en dinero (2).

Asimismo en la sentencia de 7 de abril de 1938 del Tribunal - Supremo alemán, el causante, para el caso de que cualquiera de -- sus hijas impugnase con éxito su última voluntad, dice que queda-ría remitida entonces la infractora a la legítima estricta (3).

En el caso de la sentencia de la Sala de lo civil del Tribu - nal Territorial superior de Berlín de 7 de mayo de 1936 se había establecido una cláusula mediante la cual los causantes -un matrimonio que había otorgado testamento mancomunado-, establecieron - que el hijo que atacara o impugnara el testamento debería recibir sólo su legítima (4).

En la sentencia de 20 de diciembre de 1945 del Tribunal Supremo alemán, encontramos una cláusula que amenazaba con la pérdida de la herencia a aquellos de los herederos que no reconocieran -- aquel testamento, o una ulterior disposición de última voluntad, o cualquier particular determinación de este testamento o de una ulterior disposición, o simplemente afirmasen su invalidez (5).

En sentencia del Tribunal Supremo de 8 de diciembre de 1921 - se ve que el causante había instituido a sus hijos con la modalidad de que ninguno se haría cargo de la herencia hasta que el último de ellos cumpliera los 30 años, dejando el usufructo universal a su mujer mientras los hijos residieran en la casa paterna; hizo otras disposiciones entre las que encontramos la de que "si alguna de mis hijas impugnase este testamento recibirá sólo su legítima" (6).

En la Sentencia del Tribunal del Imperio de 20 de junio de - 1913, encontramos un contrato sucesorio en el cual se había pre- visto la caducidad del derecho del sucesor si este impugnaba el - contrato (7).

En otra sentencia del Tribunal del Imperio de 3 de enero de - 1907 encontramos que el causante había determinado en el testamen- to que aquel de sus hijos que no estuviera de acuerdo con las limitaciones ordenadas o impugnara el mismo por cualquier otra causa, debería limitarse a recibir su legítima (8).

C. DERECHO ITALIANO. En la jurisprudencia italiana encontra -
mos también referencia a estos procedirientos.

Así la sentencia de la Corte de Casación de 14 de mayo de 1947 estableció que es transmisible a los herederos el derecho a -
hacer valer la decadencia impuesta por el testador a cargo del su
cesor que impugnare la atribución de bienes hecha por el mismo --
testamento (9).

También en la sentencia de la Corte de Casación de 27 de ju -
lio de 1931 se decía que "la cláusula testamentaria de decadencia
no es válida en relación con los herederos que tienen derecho a -
la legítima o reserva, pero sí es eficaz respecto a los otros he-
rederos". Por ello, "no le está permitido al testador en relación
con la legítima o reserva, que el legislador quiere asegurar al -
descendiente, a los ascendientes legítimos, al cónyuge supérstite
y a los hijos naturales; pero no puede decirse lo mismo respecto
a los otros herederos" (10).

Asimismo en el Foro italiano leemos una S. de fecha 17 de ju-
lio de 1947 según la cual "es ilícita la cláusula que condiciona
la atribución de un determinado beneficio a título gratuito, al -
mero ejercicio de la facultad de hacer declarar la invalidez de -
una institución que contrasta con una expresa prohibición de la -
ley. Debe por lo tanto considerarse como contraria a la ley y te-
nerse por no puesta, la cláusula por la que se dispone la deshere
dación para el heredero que impugne o amenace con impugnar el tes
tamento, porque la presencia de esta cláusula de caducidad contra

viene una norma de orden público" (se trataba en este caso concreto de un usufructo sucesivo) (11).

Otras sentencias reseña la citada publicación, sobre el mismo tema. Según una, "la cláusula testamentaria que prohíbe al heredero la impugnación del testamento, amenazando con la pena de la -- pérdida de lo atribuido en exceso sobre la cuota legítima, ha de tenerse por no escrita por ilícita en cuanto ello tiende a coar -- tar la voluntad del beneficiario, prohibiéndole el ejercicio de -- un derecho de impugnación que, por el contrario, le es conferido por ley". Manifestando otra, en cambio, "que la cláusula testamen -- taria que dispone la decadencia del heredero o legatario de --- cualquier beneficio, al promover cualquier cuestión relativa a la sucesión, es válida" (12). Y una tercera que "es nula la conminación impuesta por el testador a cargo del heredero, de reducirle a la legítima para el caso de que impugne una disposición que sea contraria a la ley" (13).

Desde luego, y siempre según la jurisprudencia italiana, "no se rebela contra la voluntad del testador, ni cae bajo la sanción de la decadencia, el heredero que impugne por falsedad el testa -- mento y, por el contrario, quiera aclarar la verdadera extensión de la disposición testamentaria dada la incerteza de las palabras del testamento" (14).

D. DERECHO FRANCES. Por último, y en la jurisprudencia france -- sa, volvemos a encontrarnos con la referencia a este mecanismo.

Veamos, por ejemplo, la Sentencia de la Corte de Casación de 1 de marzo de 1830. "Cuando se trata de una acción de nulidad fundada sobre un motivo de interés puramente privado, la condición de no ejercitarla debe ser considerada como lícita y la pena testamentaria bajo la cual esta condición ha sido impuesta debe ser aplicada en caso de contravención... Cuando se trata de una acción de nulidad fundada en un motivo de orden público, en este caso la condición de no ejercitarla debe ser considerada como ilícita y la pena testamentaria debe reputarse como no puesta" (15).

También la Sentencia de la Corte de Casación de 27 de marzo de 1855 explica que "atendidos los términos del artículo 900 en toda disposición inter vivos o testamentaria las condiciones contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se reputan por no escritas", tal sería el carácter de una cláusula penal que tuviera por finalidad asegurar la ejecución de una liberalidad, obra de la captación o sugestión". No obstante la cláusula que ordenaba a los mineros de Henneville el respeto de las disposiciones hechas en favor de los esposos Bonaventure bajo la pena de perder sus derechos, la sentencia autorizó a dichos mineros a impugnar las liberalidades, por no ser expresión de la libre voluntad de la testadora. Pero si se declaraba válido el testamento impugnado por causa de captación, siendo la atribución de la libre voluntad del testador, la cláusula penal debería ser aplicada al heredero que hubiese sucumbido en la demanda" (16).

E. FINALIDAD. De las cláusulas transcritas en las páginas anteriores se deduce claramente el fin perseguido por el testador. Como ya hemos visto, éste, en virtud del principio de autonomía de la voluntad que caracteriza a la sucesión testamentaria dispone de sus bienes como quiere y bajo las modalidades que él precisa. Pero es deseo del testador que sus disposiciones testamentarias o algunas de ellas no sean impugnadas; y para evitar estas impugnaciones, incluso en ciertos casos justificadas, el testador recurre a este procedimiento indirecto, saliendo al paso de cualquier violación eventual, con esa sanción especialmente enérgica.

El procedimiento es indudablemente ingenioso, pero precisamente por ello corre el riesgo de paralizar las reglas fundamentales que el Derecho establece en materia de sucesiones. Se pone al heredero o legatario en la alternativa de escoger entre la pérdida de derechos si pretende que se guarden aquellas reglas, o acatar la voluntad del testador, con lo cual éste llegaría, así, por un medio prácticamente seguro a escapar al dictado de dichas reglas.

Es precisamente de este riesgo de donde surge el interés doctrinal de estas cláusulas. ¿Se podrá llegar, a través de este procedimiento, de esta sutileza del jurista a derogar la ley?. Es de esta consideración de donde surge el interés práctico del estudio que es objeto de esta tesis.

La solución, que anunciamos desde ahora, es ésta: que si el testador tiene onmímodos poderes para disponer de sus bienes como

quiera, ello sólo sucede así dentro de los límites que la ley por diversos motivos le traza.

2. LA PROHIBICION DE IMPUGNAR EL TESTAMENTO

Y EL ARTICULO 675-2 DEL CODIGO CIVIL.

La cláusula prohibitiva a que se refiere expresamente el Código civil es la prohibición de impugnar el testamento, aunque en la práctica esta cláusula no aparece casi nunca sola.

Dicha cláusula es, principalmente, el objeto o materia de la primera parte de esta tesis doctoral, en la que haremos, en relación con ella, el comentario y explicación del artículo 675-2° -- del Código civil.

Dice así:

"El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley".

A. ORIGEN. Como señala MANRESA, fue el abuso que se hacía, en nuestro anterior ordenamiento legal, de la cláusula prohibitiva - de impugnación del testamento, bajo pena de pérdida de los dere - chos que pudieran corresponderle al impugnante, lo que hizo necesario, o mejor dicho conveniente, el precepto consignado.

El artículo 675-2º no tiene antecedentes históricos remotos -- (17). Viene del artículo 722 del proyecto de 1851, a cuyo tenor - "la cláusula por la que el testador prohíbe impugnar su testamento, no se extiende a las demandas de nulidad por falta de solemnidades, ni a las de interpretación de voluntad". Tras hacer referencia, como concordancias, a los arts. 720 del Código civil austríaco y 757 del prusiano (18), añade GARCIA GOYENA a este párrafo: "Ni a su sinceridad ni a su interpretación" y comenta a continuación "que ningún agravio hace al difunto el que aspira a poner en claro su verdadera voluntad por las reglas de la buena interpretación y la autenticidad de su testamento".

La disposición proyectada en el artículo 722 del proyecto de 1851, pasó al artículo 671 del proyecto de 1883-88, con el mismo texto, es decir, "la cláusula por la que el testador prohíba impugnar su testamento, no se extenderá a las demandas de nulidad - por falta de solemnidades, ni a las de interpretación de la voluntad". Los anotadores de este proyecto señalan la concordancia con el artículo 1752 del (antiguo) Código civil portugués, en el que se establecía que el testador no podía prohibir que se impugnara el testamento en los casos en que hubiera nulidad declarada por la ley. Con idéntica redacción a la portuguesa pasó al párrafo segundo del artículo 675 de nuestro vigente Código civil.

B. SITUACION. No está claro por qué causa forma parte este -- apartado de un precepto destinado a dar reglas de interpretación de los testamentos , y parece como si se despegase del resto; co-

mo si fuera su colocación arbitraria o caprichosa, porque no es cuestión de interpretación la que plantean en los testamentos estas cláusulas, por las cuales los testadores prohíben que se im - pugnen aquéllos, ni tiene que ver con la interpretación esta prohibición de insertar la cláusula prohibitoria cuando concurren, - para impugnar el testamento, motivos de nulidad declarados por la ley.

C. JUSTIFICACION DEL PRECEPTO. El principio que inspira el -- art. 675-2° es el de la salvaguardia de la justicia y del interés público por encima de la voluntad privada. El testador tiene onmí - modos poderes para disponer de sus bienes del modo que quiera, pe - ro dentro únicamente de los límites que la ley -por diversos moti - vos- le tiene establecidos. Como dice SCAEVOLA, si el testador di - jese "éste mi testamento otorgado solamente ante un testigo, no - llegue nunca a impygnarse, bajo la pena de tal o cual privación - de derechos hereditarios", evidentemente, tal cláusula atentaría a la justicia o a la equidad si se tolerase o respetase. Tampoco el testador puede expresar en su testamento su resolución de no - revocar las disposiciones que en tal sentido ordene, y por el mis - mo motivo que se tienen por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras. Asimismo, no puede quebrantarse ni desconocerse el principio de que, ante las normas legales de ine - ludible cumplimiento, han de ceder las determinaciones individua - les, por mucha libertad y amplitud de esfera que a estas quieran otorgarse, debiendo ser el testador el más atado por estas limita

ciones, ya que se establecen en su favor, por cuanto que todas --
obedecen a la idea de que se asegure y garantice debidamente la -
verdad de sus últimas disposiciones, convertidas en mandatos y le -
yes por la muerte de su persona, y al decidido propósito de que -
las interpretaciones y resoluciones de los herederos y los demás
interesados en el testamento lleven a ejecutar acertadamente la -
voluntad del testador, de la cual deben ser fieles traductores.

Por ejemplo: la cláusula testamentaria redactada en los si --
guientes términos: "Aquella de mis hijas que en alguna forma im -
pugnase alguna de las disposiciones que dejo ordenadas, perderá -
por tal hecho cuanto en este testamento se dispone a su favor, a
excepción de la legítima estricta, acreciendo lo que perdiese a -
su hermana" (Sentencia de 8 de noviembre de 1967).

Una primera reflexión acerca de estas cláusulas testamenta --
rias, induce a pensar que podrían constituir un medio, entre ----
otros tantos, de imponer indirectamente lo que no se puede imponer
directamente, y desde este punto de vista el procedimiento parece
no solamente ingenioso sino hasta cierto punto lícito, ya que de-
ja al instituido o legatario una cierta iniciativa, al no violar
por sí mismo el peso de una justicia que podríamos calificar de -
legal, absoluta, y consecuentemente tiránica. En efecto, estas --
cláusulas dejan abierta una opción al heredero o legatario entre
pasar por lo dispuesto por el testador, o en su caso, si es que -
se trata de un legitimario, no recoger de la sucesión más que la

legítima.

Pues bien: a título de aproximación al tema objeto de la tercera parte de esta tesis debemos adelantar que estas cautelas --vienen a constituir, de modo análogo al de las cláusulas prohibitivas un procedimiento que permite al testador, mediante el em --pleo de una fórmula determinada, pasar por encima de la prohibi--ción de imponer gravámenes sobre la legítima. Como señala BRUGI, es "un remedio de los juristas sobre el modo de concluir prudente y exactamente los actos jurídicos, o de escapar a las consecuen--cias demasiado rigurosas de los principios de derecho".

Se trata de una cláusula testamentaria en virtud de la cual --se grava o condiciona en algún modo la legítima, pero dejando ---abierta al legitimario la facultad de optar entre recibir ésta en su importe estricto o bien conformarse con las limitaciones y recibir, además, lo que a su favor establece el causante en una disposición complementaria. Pero desde otro punto de vista, podría --contemplarse la "cautela" como una invitación del causante al legitimario, dirigida a lograr la libre sumisión del segundo a la --voluntad del primero. Así, y desde este punto de vista, esta cláusula puede producir efectos favorables como medio de garantizar --la paz entre los legitimarios; si bien el empleo formulario de la misma la convierte a veces en una pura farsa, ya que la seguridad de respeto de la voluntad del causante que presta, solo tiene sentido cuando el afectado por la reducción o gravamen de su legítima sufre grandes desventajas en caso de tener que optar por sus --

derechos estrictos de heredero forzoso; por el contrario, si la elección de la legítima solo proporciona ventajas, el legitimario elegiría precisamente el camino que no quiso el causante.

Las anteriores consideraciones han inducido a algunos autores a tachar de ilícitas estas cláusulas, ya que ponen al legitimario ante la opción de escoger entre su legítima pura pero estricta, o una mayor porción pero con la carga de un gravamen afectante a -- ella; a lo que cabría oponer que así se incurre en una confusión básica: a todas luces, no le es lícito al testador gravar la legítima; pero por el contrario no es en modo alguno ilícito que el legitimario acepte, por la razón que sea, cualquier gravamen sobre ésta. En otras palabras: la licitud o ilicitud no viene referida a la disposición ordenada, sino a la conducta de aquél a --- quien va dirigida.

Al hablar de las cláusulas de caducidad testamentarias se dijo que se trataba de un procedimiento a través del cual se obtenía indirectamente lo que no se podía obtener de otra manera. Mas aquí es evidente que a través de la cautela el resultado no es -- conseguir indirectamente lo que no es posible obtener directamente, ya que directamente es posible que el legitimario acepte el gravamen de su legítima, que no se le impone, puesto que en su ma no está aceptar ésta, pura, pero estricta. Razón por la cual, si así puede aceptarla directamente, con mayor motivo podrá el testa dor ofrecérsela indirectamente, con tal de que esté en manos del legitimario optar entre la legítima o bien admitir su gravamen si prefiere otra atribución que, si bien implique la aceptación de -



aquel, cuantitativamente sea mayor. Esta otra atribución es realmente la que se condiciona a que su destinatario la prefiera a su legítima pura y estricta.

Como ya se vio, frecuente es también que esta cautela se redacte en forma de sanción o prohibición; pero no basta con que -- una redacción sea incorrecta para que pueda tachársela de inmoral o inválida. Será necesario entrar en el fondo de la disposición -- para juzgarla; ya que, en principio, y a través de la formulación penal de la cautela, no se le priva al legitimario de nada que hubiese sido suyo antes de heredar, ni de nada que legalmente debiera corresponderle después. En definitiva no se le atribuye ni más -- ni menos que lo único a que tiene derecho, y es a ello a lo que se le deja reducido. Por lo tanto, no cabe decir en principio que se trate de una verdadera sanción, ya que la privación de la parte disponible podría evitarla si la prefiriese a su legítima pura y simple, es decir, si optase por el otro término de la alternativa que se le plantea al ofrecérsele una mayor atribución.

3. LA PROHIBICIÓN DE INTERVENCIÓN JUDICIAL.

Más que la mera prohibición de impugnar el testamento lo que -- suelen contener las cláusulas son otras clases de prohibiciones: -- sobre todo las de intervención de los tribunales o de promover el juicio voluntario de testamentaría, o bien imponer la obligación --

de pasar por la decisión de los albaceas o contadores-partidores, sancionando al instituido o legatario con la privación de sus derechos hereditarios o con la reducción a la legítima estricta en su caso, ante cualquier reclamación o discrepancia prohibidas (19).

Las cláusulas impositivas del juicio de testamentaria están reguladas por los artículos 1039 y siguientes de la Lec., y en conjunto todas estas cláusulas son distintas de las prohibitivas de pedir la nulidad del testamento porque no persiguen dicha nulidad - ni se dirigen a conseguir dejar sin valor algunas disposiciones testamentarias o todas, o el testamento, sino que tienen como objetivo impedir que intervengan los tribunales en la administración de la herencia yacente o en la partición, evitando que un heredero pueda perturbar con medidas judiciales la paz familiar.

Si bien la cláusula que prohíbe la intervención judicial -- comprende también la impugnación, pues el que presenta demanda de nulidad de un testamento, por dolo, o por vicio de forma, etc., está haciendo intervenir a los Tribunales.

O sea:

a) No toda intervención de los tribunales infringe una mera cláusula prohibitoria de impugnar el testamento, de modo que el heredero puede pedir la rescisión o la nulidad de la partición sin incurrir en las penas impuestas al que realice dicha impugnación.

b) Pero toda impugnación infringe la cláusula prohibitoria

de intervención judicial.

A estas últimas cláusulas y otras de semejante contenido dedicamos la segunda parte de esta tesis.

4. LAS CLÁUSULAS DE OPCIÓN COMPENSATORIA DE LA LEGÍTIMA.

Interesa desde ahora señalar la distinción entre las cláusulas o cautelas dirigidas a impedir la impugnación del testamento, la intervención judicial en la testamentaría, la impugnación de la partición efectuada por el mismo testador, contadores-partidores, comisarios, etc., que constituyen el objeto de la primera y segunda parte de este estudio; y otras cláusulas semejantes a ellas en muchos aspectos (entre ellos, el aspecto formal, ya que frecuentemente aparecen también formuladas en forma de sanción o prohibición), que son las llamadas por VALLET DE GOYTISOLO "cautelas de opción compensatoria de la legítima", y dentro de ellas, y por su especial relevancia, la llamada cautela Socini o Gualdense, que serán objeto de detallado estudio en la parte tercera de esta tesis.

NOTAS

- (1) *Seufferts Archiv*, tomo 71, año 1915, pág. 33.
- (2) *Juristische Wochenschrift*, año 1916, pág. 1193.
- (3) *Juristische Wochenschrift*, año 1938, pág. 1600.
- (4) *Juristische Wochenschrift*, año 1936, pág. 2744.
- (5) *Leipziger Zeitschrift*, año 1916, columna 1119.
- (6) *Leipziger Zeitschrift*, año 1922, columna 197.
- (7) *Das Recht*, año 1913, col. 2882.
- (8) *Das Recht*, año 1907, columna 186.
- (9) *Il Foro Italiano*, año 1947, col. 971.
- (10) *Il Foro Italiano*, año 1932, col. 370.
- (11) *Il Foro Italiano*, año 1947, col. 1242.
- (12) *Il Foro Italiano*, año 1949, col. 2559.
- (13) *Il Foro Italiano*, año 1908, col. 1391.
- (14) *Il Foro Italiano*, año 1897, col. 1427.
- (15) *Dalloz*, año 1830, col. 142.
- (16) *Dalloz*, año 1855, col. 702.

(17) En el *Recognoverunt Procures* (LII, tit. 8, lib. 5) encontramos referencia a un mecanismo en cierto modo relacionado con el de las cláusulas de caducidad testamentarias que constituyen el objeto de este estudio. Leemos textualmente: "El heredero puede perder la herencia cuando el difunto fue muerto, por obra o consejo de alguno de su compañía... y lo mismo si el heredero dijese de falsedad del testamento en que fue instituido; porque si se justificase que el testamento no es falso, no será heredero".

(18) Artículo 720 del Código civil austríaco: "Una ordenanza del causante mediante la cual prohíbe éste al heredero o legatario impugnar su última voluntad, bajo amenaza de privación de alguna ventaja, no debe tener eficacia en el caso de que se discuta solamente la legitimidad o el sentido de la declaración".

Artículo 757 del Código General Territorial prusiano: "Las disposiciones por las cuales el testador impone ciertas cargas a los herederos o legatarios que impugnen el testamento, no comprenden las demandas de nulidad por causa de falta de autenticidad o de verdad de las últimas voluntades".

(19) Algún autor, como BIRK, divide estas cláusulas de caducidad en *generales y especiales*, y entiende que lo característico de las cláusulas de caducidad generales, a saber, la desaparición de la atribución de última voluntad hecha al favorecido en el caso de que éste no siga y observe la conducta prescrita por el causante en la disposición de última voluntad, sea un hacer o un omitir, es general a todas estas cláusulas. Dice literalmente este autor: "Cláusulas generales de caducidad -entendidas como una definición heurística- las podría yo denominar porque las exigencias de conducta del favorecido prescritas por el causante, y unidas a la atribución en el caso de última voluntad, no -- han tenido ninguna expresión precisamente fijada. En las cláusulas especiales de caducidad, por el contrario, el modo de conducta exigido al favorecido se -- fija exactamente: por ejemplo, una prohibición de enajenar, una prohibición de dividir, de enajenar o de impugnar un testamento en el sentido de las normas -- sucesorias de impugnación".

21

II

DERECHO COMPARADO.

S U M A R I O

II. DERECHO COMPARADO.

1. DERECHO ALEMÁN.

2. DERECHO FRANCÉS.

A. CLAUSULA VALIDA.

B. CLAUSULA NULA.

C. LAS ACCIONES DE NULIDAD Y LA CLAUSULA PROHIBITORIA.

3. LA DOCTRINA BELGA.

4. EL DERECHO ITALIANO.

II

DERECHO COMPARADO.

1. DERECHO ALEMÁN.

En el Derecho alemán podemos citar, como precedente el Código general territorial prusiano y el Código civil Real sajón de 1863.

Según el Código prusiano, I, 12, parágrafo 457: "Las disposiciones de un testador mediante las cuales impone éste al heredero o legatario ciertas desventajas si impugnan su última voluntad o actúan en contra de ella, no se puede extender a aquellos casos .- en los cuales simplemente se pone en duda la certeza y exactitud de la última voluntad".

Semejantemente el parágrafo 2148 del Código civil sajón cuando establece que "si un causante ha determinado que la atribución al favorecido, no la recibirá éste o la perderá, si impugna la úl

tima voluntad, esta determinación no tiene ninguna eficacia cuando se discute simplemente sobre la legitimidad o el sentido de la última voluntad o sobre la consistencia del caudal relicto".

El parágrafo 720 del Código civil austríaco ofrece una semejanza con el Código sajón, al establecer que "una ordenanza del causante mediante la cual prohíbe éste al heredero o legatario impugnar su última voluntad, bajo amenaza de privación de alguna ventaja, no debe tener eficacia en el caso de que se discuta solamente la legitimidad o el sentido de la declaración..."

Por lo que se refiere al BGB, por su Exposición de Motivos sabemos que fue intencionado el que no se incluyera en su texto ninguna determinación sobre cuál sea el tratamiento de estas "cláusulas de caducidad". Los redactores del proyecto creyeron que era innecesario insertar en él una norma decidiendo si el causante puede o no poner al favorecido en su testamento la condición de que no realice la impugnación del mismo, siendo su idea que ante este problema, habrá que acudir a los principios que se desprenden de los preceptos generales. De manera que, ya que el BGB no contiene norma alguna al respecto, sería mera cuestión de interpretación la de averiguar la finalidad que perseguía el causante, a través de la cláusula de caducidad, o lo que es igual, qué "ataques" contra la disposición a causa de muerte quería prohibir y a qué actuaciones quería atribuir virtud resolutive. Dicho en otras palabras, será el intérprete quien, en cada caso, pueda sacar de las circunstancias del mismo las oportunas consecuencias respecto a los efectos jurídicos de la cláusula. El causante, mediante tal

cláusula, trata de asegurar la efectividad de su última voluntad, evitando los ataques contra la consistencia y existencia de ésta. Y a la vez trata de persuadir a sus herederos de que eviten cualesquiera cuestiones respecto de su herencia y las resuelvan pacíficamente, y estas finalidades, en relación con los textos legales, habrán de ser, piensan los autores alemanes, la directriz de la explicación y valoración de la cláusula prohibitoria.

En términos muy generales doctrina y jurisprudencia siguen el criterio de que cuando el causante ha ordenado que el favorecido no llegue a recibir la atribución o que la pierda si contradice la última voluntad del causante, no podría entenderse que va contra una condición así redactada quien plantea cuestiones sobre la legitimidad o el sentido del testamento o sobre la consistencia del caudal.

La impugnación de las disposiciones de última voluntad se regula en los parágrafos 2078 y siguientes del BGB (1).

La impugnación sólo anula el testamento, en tanto en cuanto el fundamento sea suficiente. Si el testador, por ejemplo, por causa de error, ha destinado a un pariente una cantidad mayor de la que le hubiera designado de otra suerte, entonces, sólo sería impugnabile la disposición en cuanto al exceso. Asimismo, si en un testamento se contienen varias disposiciones, solamente serían impugnables las afectadas por la causa de impugnación.

Pero el causante no ha pretendido prohibir a través de la cláusula sólo las impugnaciones previstas en la ley. Como pone de

relieve Fritz BINZ (2) tal interpretación literal sería demasiado estricta. Al contrario, en la investigación del significado de -- una concreta cláusula debe tenerse en cuenta que el testador o -- disponente no pensaba en el sentido técnico de la palabra *impugnar*, sino, en general, en cualquier ataque o actividad que se oponga o contradiga a su última voluntad, ya que realmente era ésto lo que pretendía impedir.

En este sentido algunas sentencias del Tribunal del Imperio -- llegaron a sostener que la aplicación de la cláusula no se limita estrictamente a la impugnación formal del testamento, sino que -- prolonga su virtualidad a todas las actuaciones mediante las cuales el heredero o legatario manifiesta activa y eficazmente su -- disconformidad con el acto *mortis causa* (3).

En sentido opuesto, o sea restringiendo el significado y ra -- dio de acción de la cláusula privatoria, la Exposición de motivos del BGB establece que cuando el causante haya incluido una cláusu -- la de esta clase ordenando que la atribución no tenga lugar o se pierda en caso de que el heredero contradiga la última voluntad, una condición así explicitada no afecta a las posibles discusio -- nes sobre la legitimidad o el sentido del testamento o la consistencia del caudal.

De modo que incluso un proceder victorioso contra la voluntad del testador, puede originar que no funcione la cláusula de caducidad, cuando las medidas adoptadas contra el testamento sirvan -- para hacer prevalecer la verdadera voluntad del causante. Así, -- por ejemplo, discutiendo la validez formal del testamento, la le-

gitimidad del mismo o impugnándolo por vicio de la voluntad.

Pero también puede ser voluntad del causante que cualquier intento serio de poner en duda la validez del testamento o actuar contra sus determinaciones, sin consideración a su éxito, sea causa de la pérdida anunciada en la cláusula, pues bien podría haber sido el designio del causante, mediante la amenaza de la pena, no simplemente asegurar la existencia y persistencia de su última voluntad, sino evitar cualesquiera ulteriores litigios entre sus herederos, sin que le esté prohibido en el Derecho alemán, con esta finalidad, castigar con privación de la herencia aquellas actuaciones de los partícipes en la misma que sean apropiadas para turbar la paz entre ellos, sin consideraciones a sus efectos jurídicos y con la única condición de que la prohibición se mantenga -- dentro de la ley y las buenas costumbres (4).

2. DERECHO FRANCÉS.

En el Código civil francés no existe una norma semejante al art. 675-2° del Código civil español. La doctrina, al ocuparse de este tema, habla generalmente de "cláusula penal" o "desheredación a título de cláusula penal". Así, y desde este punto de vista, es significativa la exposición que hace NAST (5), al decir -- que "gran número de testadores a fin de impedir a sus herederos -- el incumplimiento de sus disposiciones testamentarias, los decla-

ran excluidos de la sucesión o limitan sus derechos a la legítima, si no cumplieran lo dispuesto en el testamento. Estas cláusulas penales, que contienen un legado implícito y condicional, son en principio válidas".

"Pero tales cláusulas lograron con rapidez desviarse de su finalidad inicial. Los testadores procuraron impedir, no sólo una negativa injustificada del cumplimiento, sino también las negativas justificadas y traducidas en una acción de nulidad contra el testamento o el legado. Los testadores abusan de su derecho, al intentar suprimir, a fin de asegurar el cumplimiento de disposiciones ilegítimas, la facultad de impugnarlas; por ejemplo, en caso de nulidad por defectos de forma o por captación de la voluntad o por incapacidad del legatario, o cuando el testador infringe la legítima del heredero o dispone una sustitución prohibida. En estos casos la jurisprudencia tiene establecido que la cláusula es nula. Sin embargo, no por eso tales cláusulas dejan de producir determinados efectos. La jurisprudencia reconoce que si la acción de nulidad no prospera, el heredero o legatario quedarían afectados o perdiendo los beneficios del legado" (6).

Estas cláusulas pueden ser dispuestas por el testador, en contra, no solamente del heredero, sino del legatario universal, e incluso de un legatario particular.

Desde otro prisma, y como ha entendido algún autor (7), podrían aproximarse estas cláusulas a la desheredación, ya que a través de ellas el testador "deshereda" al heredero de todo o parte de la sucesión, si éste no cumple tal o cual condición positi-

va o negativa. Libre el testador, en general, de disponer de su sucesión, puede someter a condición la devolución de todo o parte de sus bienes, o no transmitir todos o parte de los mismos a un heredero o legatario bajo condición; pero el testador no puede estipular válidamente una cláusula sino en la medida en que pueda disponer libremente: así, no podría someter a tales cláusulas la transmisión de la legítima al legitimario.

La cláusula penal es susceptible de ser estipulada por el testador, no sólo en contra del heredero, sino del legatario universal o incluso de un legatario particular. Tal cláusula es, en principio, válida. Libre, el testador, en general, de disponer de su sucesión, puede someter a condición la devolución sucesoria de todo o parte de sus bienes, o no transmitir todos o parte de los mismos a un legatario bajo condición, si bien la validez de la cláusula penal está subordinada al respeto a las reglas de orden público.

Sobre la validez de las cláusulas prohibitorias -que contemplan como cláusulas penales- la jurisprudencia y la doctrina distinguen:

A. CLAUSULA VALIDA. Si solamente están en juego los intereses privados, la cláusula es válida. Así, por ejemplo, si tiene por fin hacer efectivo un legado de cosa ajena, u obligar a los herederos a respetar el reparto de bienes que hecho por el causante no atenta a la legítima de ninguno de ellos.

En la doctrina clásica consideran AUBRY y RAU que la cláusula es válida y obligatoria si tiene por objeto asegurar la ejecución de disposiciones que sin contrariar al orden público o a las buenas costumbres, no son susceptibles de impugnación más que por causas de interés privado. Por ejemplo, que en una partición hecha por el ascendiente, se hayan infringido las reglas establecidas en los artículos 826 y 832, o incluso se haya ocasionado una lesión de más de un cuarto.

BAUDRY-LACANTINERIE(8), por su parte, hace notar que "todas las condiciones contrarias a las leyes no son ilícitas y, no pueden por consiguiente, ser asimiladas a las condiciones imposibles. Entre las leyes se encuentran aquéllas que pueden ser derogadas por los particulares, ya que están exclusivamente fundadas en el interés privado: las condiciones contrarias a las leyes de esta naturaleza *no serían ilícitas*.

Tal sería la cláusula de un testamento que pudiendo atentar a las disposiciones de los artículos 826 y 832 del Código civil, y sin comprometer el derecho a la legítima de los herederos, pronunciara una pena contra aquéllos que atacaran la atribución hecha por el testador.

En general, cuando se trata de una acción de nulidad fundada en un motivo de interés puramente privado, la condición de no ejercitarla debe considerarse como lícita y la *pena testamentaria*, bajo la cual esta condición ha sido impuesta, debe aplicarse en caso de contravención.

Los autores franceses y la jurisprudencia consideran válida a favor de este fundamento la *Cautela Socini* (9).

B. CLAUSULA NULA. La cláusula sería nula, por el contrario, - si tuviese por finalidad imponer el respeto de una disposición -- contraria al orden público, como, por ejemplo, la de impedir una acción de nulidad de un testamento que adoleciera de vicios de -- forma, o una acción de reducción por atentar a la legítima, o incluso para privar a los herederos del derecho que la ley les confiere de hacer inventario o deliberar, es decir, deberían reputarse por no escritas y sin efecto aquellas cláusulas que tendieran a procurar el mantenimiento de disposiciones contrarias al orden público o a las buenas costumbres.

En el mismo sentido AUBRY y RAU (10) hablan de que las *cláusulas penales* por las cuales el testador declara a uno de sus herederos decaído del beneficio dejado (o reducido a su legítima legal) caso de que impugne el testamento o las disposiciones anteriores hechas por el testador, deberían reputarse por no escritas y sin efecto alguno, si tienden a procurar el mantenimiento de disposiciones contrarias al orden público o a las buenas costumbres.

La validez de la cláusula penal está sometida, por tanto, a una triple limitación

a) El testador no puede estipular válidamente una cláusula penal en la medida en que no disponga libremente de bienes, cuya transmisión está afectada por dicha cláusula. No se podría some -

ter, por tanto, a *cláusula penal*, la transmisión de la legítima al heredero legitimario (MAZEAUD).

b) Por otra parte el testador no puede, a través de una --
cláusula penal, impedir al heredero o legatario prevalerse de una
nulidad de orden público que afecte al testamento o a una de sus
disposiciones, o de usar de una facultad que le confiere una dis-
posición imperativa de la ley.

Si la acción de nulidad se basa en un motivo de orden público,
la condición de no ejercitarla debe considerarse como ilícita y -
la *pena testamentaria* debe reputarse por no puesta.

Señala DEMOLOMBE que no podría tampoco el causante, a través
de ningún tipo de *cláusula penal*, paralizar en manos de los herederos
la acción de nulidad contra una sustitución prohibida que hubiera
hecho, pues lógicamente estaríamos frente a una nulidad basada
en motivos de interés público. Igual cabría decir respecto -
de una acción de nulidad contra una disposición hecha por el cau-
sante en favor de una persona declarada por ley incapaz para reci-
bir, o bien si se trata de una acción de nulidad fundada en vi --
cios de forma del testamento, ya que un acto que no revista las -
solemnidades exigidas por la ley, como es el testamento, no exis-
tiría en absoluto a los ojos de ésta, pues el conjunto de tales -
solemnidades no sólo se exige en interés de los herederos, sino -
también en interés de los testadores, al constituir una garantía
especial de la sinceridad y de la libertad de sus disposiciones.

Tampoco puede el testador, bajo la apariencia de una cláusula

penal, imponer al heredero o legatario una condición afectada de nulidad, es decir, una condición imposible, ilícita o inmoral. A este propósito la ley n° 71-526 de 3 de julio de 1971 precisó que se reputa por no escrita toda cláusula por la cual el causante --prive de la liberalidad a aquél que discuta la validez de una ---cláusula de inalienabilidad (que solamente es válida si es temporal y está justificada por un interés serio y legítimo) o pidiera la autorización de enajenar que le otorga la nueva ley, si el ---juez estima que el interés básico de la cláusula ha desaparecido".

C. LAS ACCIONES DE NULIDAD Y LA CLAUSULA PROHIBITORIA. La inserción de una *cláusula penal* no impide que el heredero discuta la validez de las disposiciones testamentarias, o sea, haga apreciar por los tribunales el sentido y alcance de estas disposiciones, -pues lejos de buscar el rehusar la ejecución del testamento, el -heredero lo que pretende es que se cumpla la voluntad del causante.

Sobre todo, nadie afirma que la acción de nulidad de un sucesor deba ser declarada como inaceptable pese a la cláusula penal en virtud de la cual el causante hubiese querido impedir, a sus -herederos o legatarios, su ejercicio. Al contrario, la acción es admisible, y los tribunales entrarán en su examen, a pesar de la condición que el testador hubiera impuesto de no impugnar su testamento, y la cláusula penal que éste hubiera establecido en caso de contravención, los herederos pueden libremente proceder a la impugnación de aquél por cualesquiera causas legales (11).

3. LA DOCTRINA BELGA.

Asimismo los grandes tratadistas belgas entienden que se trata de cláusulas penales testamentarias: DECCKERS (12) y fundamentalmente Henri DE PAGE (13), quien dedica un capítulo de su Tratado a las cláusulas penales testamentarias y dice textualmente que "se llama *cláusula penal testamentaria* a la disposición de un testamento por la cual el testador estipula que aquél de sus herederos o legatarios que impugne alguno de los puntos de su testamento -- que él perderá la liberalidad testamentaria que le hubiere sido hecha, ya se trate del todo, ya de la parte de libre disposición, o ya de la parte que el testador determine".

El testador -dice- en virtud del principio de autonomía de la voluntad que caracteriza a la sucesión testamentaria dispone de sus bienes cómo y bajo las modalidades que quiere. El deseo del testador es que todas sus disposiciones de última voluntad o al menos algunas de ellas no sean impugnadas, y para evitar esas impugnaciones -incluso justificadas- recurre a un medio indirecto. DE PAGE pone el ejemplo de que el testador -libre de legar o de no legar- lega a X e Y, pero bajo la condición de las demás disposiciones de su testamento (legados en favor de A, o B, y otras estipulaciones) no sean impugnadas ni por X ni por Y. El hecho de que el testador, en efecto, pueda lo más (desheredación total, pura y simple), demuestra que puede también lo menos. De modo que la institución quedará así afectada por una verdadera condición resolutoria: la impugnación de los legatarios, que lleva consigo la

desheredación de éstos (la palabra *desheredación* se emplea en el sentido general de "privación de la herencia").

¿Cómo llega el autor a la noción de *cláusula penal*? Es precisamente, el fin que inspira esta "desheredación condicional", lo -- que conduce a esta noción. El testador quiere que su voluntad sea respetada en todas sus disposiciones; busca, así, imponer por el procedimiento indicado la obligación de respetar su voluntad, saliendo al paso de la violación eventual de esta obligación con -- una sanción especialmente enérgica: la desheredación. Esta, interviene, por lo tanto, como "pena", de ahí, la noción a que llegan estos autores de la cláusula penal testamentaria.

La doctrina y la jurisprudencia belgas siguen a la francesa -- sin grandes variaciones, y a ella haremos referencia al estudiar los problemas del Código civil español.

4. EL DERECHO ITALIANO.

En la generalidad de la doctrina italiana, al analizar el tema de estas cláusulas testamentarias entiende que se trata de una condición.

Los autores se aproximan a la doctrina francesa. PACIFIZI-MAZZONI (14) dice simplemente que "será lícita o ilícita la condición de no promover la acción de nulidad de un testamento o de --

otro acto anterior según sea de interés privado o público". "Por ejemplo, si el padre de un hijo adulterino deja a éste una parte de sus bienes y el resto a su más próximo pariente legítimo, prohibiendo a éste que impugne la disposición hecha a favor de aquél, ésto no obstante podrá el susodicho pariente demandar la nulidad". La opinión de PACIFIZI dice el anotador VENZI (15) que es pacífica en la doctrina italiana.

Martino CARAMAZZA, por su parte, entiende que la condición de no impugnar el testamento puede ser lícita o ilícita, dependiendo ello de alguna circunstancia concreta: es ilícita cuando con ella el testador ha querido salvaguardar alguna de sus disposiciones - contrarias a norma imperativa - como la atribución hecha a favor - de un incapaz para recibir -, por el contrario, es lícita cuando - con ella haya pretendido tan sólo impedir una eventual lucha en - tre los coherederos, todos satisfechos con cuota o bienes, siem - pre respetando los límites legitimarios.

En la doctrina moderna GANGI (16) se refiere de pasada a ---- "aquella condición de no impugnar por cualquier motivo alguna dis posición testamentaria o el testamento completo", y añade que "si con tal prohibición se trata de eludir las normas reguladoras de la forma de los testamentos, la capacidad de disponer, o la de re cibir, o la legítima o reserva, tales condiciones serían ilícitas".

GIANNASTASIO (17) advierte que la búsqueda para establecer si una condición impuesta en una disposición testamentaria es lícita o ilícita, debe estar siempre guiada por la idea de no presumirse

la ilicitud. No la hay cuando se prueba que el testador no había tenido la intención de coartar la vocación del instituido con el halago de una ventaja patrimonial, y sí únicamente el propósito - de favorecer la efectividad y realización de su voluntad.

En su opinión, no puede entenderse que tienda a coartar la voluntad del beneficiario la cláusula testamentaria que impide al - heredero la impugnación por el motivo que fuere de cualquier disposición, bajo la pena de perder el derecho a él atribuido en --- cuanto exceda de su legítima. Tal cláusula prohíbe, desde luego, al beneficiario, el ejercicio del derecho de impugnación reconocido por la ley, que no viola ninguna norma imperativa, y tan sólo afecta al beneficiario que ha obtenido por testamento más de lo - que por ley le corresponde, lo que le induce a respetar la voluntad del testador. La validez de estas cláusulas de decadencia lleva consigo que el derecho a hacerlas valer sea transmisible a los herederos y asimismo divisible, por lo que cabe su renuncia, siempre y cuando no perjudique el derecho de un tercero (18).

En cuanto a la jurisprudencia, del análisis de algunas sentencias italianas podemos concluir que todas las cláusulas testamentarias que prohíben al heredero la impugnación del testamento, -- han de tenerse por no escritas, por ilícitas, en cuanto tienden a coartar la voluntad del beneficiario, al prohibirle el ejercicio de un derecho de impugnación que, por el contrario, le es permitido por la ley. Si bien hay que tener en cuenta que no se revela - contra la voluntad del testador, ni cae bajo la sanción de la de- cadencia el heredero que impugne el testamento por falsedad o por

cualquier otro vicio de la voluntad, y por el contrario, quiera - aclarar la verdadera extensión de la disposición testamentaria, - debido a la incerteza de las palabras del testamento (19).

Desde luego, la cláusula testamentaria de decadencia no es vá lida en relación con los herederos con derecho a legítima o rese rva, pero sí es eficaz respecto a los otros herederos "ex lege" -- (20).

En cuanto a la *cautela Socini*, bajo el antiguo Código la S. de - casación de 27 de enero de 1931 dice, en un tono restrictivo, que "la cláusula testamentaria que prohíbe al heredero la impugnación del testamento, amenazando con la pena de la pérdida de lo atri - buido en exceso sobre la cuota legítima, ha de tenerse por no es- crita, por ilícita, en cuanto ello tiende a coartar la voluntad - del beneficiario, prohibiéndole el ejercicio de un derecho de im- pugnación que por el contrario le es conferido por la ley.

NOTAS

(1) La impugnación puede obedecer a las habituales causas de vicios del consentimiento o falta de él, o de vicios de forma, y, en relación con la legitimación y remotamente con el error, a preterición de un legitimario (parágrafo (2079).

Entre las impugnaciones que, cuando hay cláusula privatoria, pretenden -- que no se hallan sujetas a ella incluso cuando no llegan a obtener una sentencia favorable, se encuentran en los casos de la jurisprudencia las que tienen como causa el error del testador o causante contratante.

Hay en el Derecho alemán una impugnación por causa de error en la declaración. Es decir, una disposición de última voluntad que puede impugnarse si el testador estaba en error sobre el contenido de la declaración, o si no quería en absoluto manifestar declaración de tal contenido, presumiéndose que de haber tenido conocimiento de la situación real no la hubiera hecho.

Cabe asimismo la impugnación por causa de error en los motivos, y así la disposición de última voluntad puede ser impugnada siempre que el testador fue se inducido a ella por la errónea suposición o por la esperanza de que exista o no, o debiera producirse o no, determinada circunstancia. Esta norma también ampara la impugnación por causa de dolo, por lo cual no constituye aquí una -- causa independiente de impugnación, como sucede en los negocios jurídicos *inter vivos*.

Por lo tanto, al tratar del error se aparta el BGB en varios aspectos de la reglamentación general de la materia (en la parte referente al negocio jurídico), puesto que en el caso de error en los motivos no se exige, para admitir la impugnación, que el testador no hubiera emitido su declaración, según una razonable apreciación del caso, sino que basta con que haya sido inducido a -- ella por error, y para el error en la declaración, es suficiente con que, de -- conocer la situación real, el testador no hubiera emitido su declaración de -- forma voluntaria.

Esta desviación de la regulación general viene justificada por la consideración de que, en los negocios jurídicos de última voluntad, la suprema libertad de decisión del causante no necesita ceder a la consideración de los intereses de la otra parte contratante. Pero realmente existe aquí una dificultad, en tanto que si bien los negocios jurídicos *inter vivos* pueden dar lugar a la construcción por el juez de una voluntad según "la razonable apreciación del caso", pues ello es asunto puramente objetivo; por el contrario, en las disposiciones de última voluntad, se trata del arbitrio más subjetivo del hombre, el cual, en su realidad, está sustraído a toda determinación. Dificultad que no disminuye por el hecho de que tal voluntad, según la ley, sólo tiene valor negativo, es decir, que en caso de impugnación, sólo tiende a destruir la disposición, sin que sea posible poner otra en su lugar.

El BGB en su parágrafo 2081 contiene normas tan solo para la impugnación de una disposición mediante la cual se instituye un heredero, se nombra un albacea, o se derogan disposiciones semejantes, siendo dudoso en los restantes casos quién ha de ser el adversario de la impugnación. Pero como el parágrafo 143 no es aplicable, puesto que la disposición de última voluntad no es ningún contrato, como adversario de la impugnación no puede ser considerado más que aquél que ha conseguido una ventaja en virtud de la disposición impugnada. Ahora bien, como señala KIPP, tampoco en el contrato sucesorio sería aplicable -- sin más el parágrafo 143, ya que el que impugna no es el declarante, sino un tercero.

(2) Págs. 3 a 5.

(3) KIPP, pág. 426.

(4) Ofrece especial interés la Sentencia del Tribunal Territorial supe -- rior de Dresde de 11 de marzo de 1920, basada en el siguiente supuesto: La causante había instituido herederos a sus cuatro hijos, bajo la advertencia de -- que si uno de ellos no quería reconocer el testamento debería recibir sólo su legítima. El demandado había impugnado, en un proceso previo, la validez jurídica de este testamento, por hallarse en contradicción con otro anterior mancomunado, otorgado por la causante y su marido, por lo cual era inválido. La acción fue rechazada porque aquel testamento mancomunado era nulo. Los restantes herederos se dirigieron contra el demandado con la pretensión de que funcionase contra él la cláusula privatoria y quedase reducido a la legítima. El Tribunal Superior, considerando fundada esta pretensión entendió que la causante, a través de la cláusula, había pretendido precisamente impedir la impugnación de su nuevo testamento, en tanto en cuanto estuviera en contradicción con las disposiciones del anterior. Por el contrario, no se pronunció dicho Tribunal Territorial sobre si la llamada cláusula privatoria era de aplicación al caso de una discusión, sobre la legitimidad o sentido del testamento o acerca de su validez formal.

En el comentario de esta Sentencia hecho por Eugenio JOSEF (págs. 105 y siguientes), se pone de manifiesto cómo la Exposición de motivos del BGB, considera indudable que cuando el causante ha ordenado que el favorecido no deberá recibir la atribución o la perderá, si contradice la última voluntad, formulada así la cláusula no es motivo de caducidad la discusión sobre la legitimidad o el sentido del testamento o la consistencia del caudal relicto.

De ello ofrece un ejemplo la decisión del Tribunal Territorial de Dresde

de 1 de julio de 1913, en un caso en el que un causante había otorgado testamento ológrafo, limitando en su herencia a uno de sus hijos, al instituir a -- sus hermanas y los hijos de éstas, como sustituto fideicomisario. En la segunda página de este testamento, aparecían unas rayas hechas a lápiz sobre la fecha del mismo y la firma del causante. El demandante hacía valer la presencia de estas rayas a fin de eliminar la sustitución fideicomisaria. Al final del -- testamento se encontraba una cláusula que decía textualmente: "en tanto mi hijo no esté conforme con las indicadas limitaciones, debe recibir sólo su legítima". Según el Tribunal Territorial el hijo en cuestión no debía perder su derecho sucesorio por discutir la validez de la disposición sobre la sustitución fideicomisaria, puesto que el causante, a través de la cláusula, no quería castigar a los que contradijeran la validez formal del testamento o pretendieran comprobarla, sino sólo a aquéllos que contradijeran el contenido del mismo formalmente válido.

Cabe citar también este otro caso: El causante había prohibido por largo tiempo la partición del caudal. Un coheredero, sin respetar el plazo impuesto, -- demandó judicialmente dicha partición basándose en que había una importante -- causa para ello, invocando los artículos 2044 y 749 BGB. En este supuesto se -- entendió que --ya se acepte o se rechace la demanda-- el derecho sucesorio no cae, ni se produce el caso de la cláusula privatoria, pues el heredero afirmó que si el causante hubiera tenido conocimiento de tal situación, habría permitido la partición. Entiende --al comentar esta sentencia-- Eugenio JOSEF que hay aquí "una cuestión sobre el significado del testamento, en el sentido que expresa la Exposición de Motivos del BGB. El heredero impugnante persigue precisamente poner de relieve la verdadera voluntad del causante; quiere demostrar que el causante estaba en un error sobre el contenido de su declaración; o -- bien que no hubiera prestado una declaración con ese contenido, o bien que la disposición está determinada por la aceptación o la esperanza equivocadas de -- la producción o no producción de un determinado acontecimiento. La demanda no se dirige contra la voluntad del causante sino que, por el contrario, quiere -- fomentarla y ejecutarla".

(5) Pág. 539.

(6) Entre los autores de la escuela de la exégesis hace unas observaciones parecidas, mucho tiempo antes, DEMOLOMBE (págs. 298 y siguientes). Para dicho autor "se llega a menudo, también, a que el disponente, legando a su heredero o a un tercero, le imponga la condición de no atacar su testamento --o además cualquier otro acto anterior que él hubiera hecho-- añadiendo que el legatario en cuestión será privado de su beneficio si falta a la condición impuesta".

"Algunos entienden, sin distinción, que una condición de este género debe reputarse siempre por no escrita", atendiendo a que el ciudadano tiene el derecho de recurrir a la justicia para lograr la reforma de un acto que puede perjudicarle lo cual es un derecho de orden público y del que no puede ser privado sin su consentimiento (antigua y reiterada jurisprudencia: París 25 de enero de 1841; Poitiers, 2 de junio de 1824, etc.).

Pero estima DEMOLOMBE que "esta doctrina es evidentemente excesiva. Si no pueden derogarse las leyes que conciernen al interés público (art. 6° del Código civil), nada se opone a que se deroguen aquéllas que no conciernen más que al interés privado, no apercibiéndose qué lesión puede resultar para el interés público por el hecho de que el legatario esté sometido a abandonar un derecho puramente privado, que únicamente concierne a su propio interés".

(7) MAZEAUD, págs. 803 y 804.

(8) Págs. 48 a 51.

(9) Así, por ejemplo, un padre que al hacer entre sus hijos la partición testamentaria de su fortuna atribuye a uno de ellos todos los inmuebles, mientras que al otro sólo le ha atribuido bienes muebles, y añade que si alguno de sus hijos impugna la partición legal acrezca al otro la cuota disponible, a -- causa de la impugnación.

Es evidente -dice DEMOLOMBE- que no existe en tal supuesto nada que afecte al interés público y que la opción ofrecida a cada uno de los hijos en el -- testamento del padre no contempla sino su interés privado. ¿Qué importa, en -- efecto -y en relación al orden público- que en este caso concreto uno de los -- hijos reciba solamente los muebles y el otro todos los inmuebles?. Es, por tanto, a cada uno de los hijos a quienes corresponde el optar entre el lote que -- le ha sido atribuido, o su legítima, a la cual quedaría él mismo reducido vo -- luntariamente si no se conformara con el lote adjudicado.

Semejante es el caso del sobreviviente de los padres, que al hacer la partición testamentaria entre sus hijos y distribuir sus bienes, declarara que si la misma es impugnada por alguno de ellos, legaba por mejora la cuota disponible a aquél de los dos que la hubiera respetado. En este supuesto la solución debe ser la misma y por idéntico motivo, pues no existe mas que una alternativa, de la cual los dos términos sólo afectan al interés privado de los hijos, que son libres de escoger aquéllo que les parezca más conveniente.

Es más, vale también la cláusula prohibitoria en el caso de un padre que ha gravado con usufructo en provecho de un tercero la legítima entera añadiendo que si el heredero no quisiera soportar el usufructo impuesto sobre su legítima y la parte de libre disposición, legaba a ese tercero la plena propiedad de la porción disponible.

En efecto, nada se opone a que el causante imponga ciertas cargas sobre -- la legítima de sus herederos, quienes son totalmente libres de optar, como mejor les convenga, entre la legítima gravada con estas cargas y además la cuota disponible, o la legítima libre de cargas, pero sin esta parte. No obstante, -- el art. 917 del Código civil, al prever una hipótesis semejante, declara que -- el hijo tendrá la opción, o de ejecutar esta disposición o de hacer abandono -- de la propiedad de la cuota disponible.

Otro ejemplo: la cláusula por la cual un testador, después de haber declarado falsamente que es acreedor de una cierta suma de uno de sus hijos y deu -- dor consiguientemente del otro, hubiera legado, la cuota disponible a aquél de sus hijos, a quien sus declaraciones deberían aprovechar, en el caso de que el otro las impugnara.

(10) Págs. 146 y ss.

(11) La jurisprudencia, desde muy antiguo, ha establecido que "atendidos -- los términos del art. 900 -en toda disposición *inter vivos* o testamentaria las condiciones contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se reputan por no escritas-, tal sería el carácter de una cláusula penal que tuviera por finalidad asegurar la ejecución de una liberalidad obra de la captación o sugestión". "No obstante la cláusula que ordenaba a los mineros de Henequeville el respeto

de las disposiciones hechas en favor de los esposos Bonaventure, bajo la pena de perder sus derechos, la sentencia autoriza a dichos mineros a impugnar las liberalidades, como si no hubieran sido expresión de la libre voluntad de las señoras Villorin-Debesgue". Pero si la impugnación no está fundada, porque el testamento ha sido otorgado por libre voluntad del testador, la *cláusula penal* debería ser aplicada al heredero que hubiera sucumbido en su demanda.

(12) Pág. 1143 y ss.

(13) VIII, 2, pág. 1317 y ss.

(14) Pág. 388.

(15) Pág. 453.

(16) Pág. 190 y ss.

(17) Pág. 223. En Italia como en España, hay diferencia entre lo dispuesto para los testamentos y los contratos en cuanto a las condiciones. Según el art. 1354 del Código civil, es nulo el contrato al que se añada una condición suspensiva o resolutoria, contraria a norma imperativa, al orden público o a las buenas costumbres. Si la condición es imposible, el contrato es nulo si aquella fuese suspensiva, y si la condición fuese resolutoria se tendrá por no puesta. Pero tanto los efectos de la ilicitud como de la imposibilidad son distintos en la esfera testamentaria y en la contractual. El artículo 634 sobre condiciones impuestas a las disposiciones testamentarias, establece que aquellas imposibles, o contrarias a norma imperativa, al orden público, o a las buenas costumbres, se tienen por no puestas, de modo que la nulidad tan sólo afecta a la cláusula que contiene la condición y no al íntegro negocio; salvo la hipótesis de la condición que constituya motivo ilícito, determinante de la disposición testamentaria, en cuyo caso es nula la disposición íntegra, según dispone el artículo 626 del Código civil, al que el 634 se remite expresamente. En tema de condiciones impuestas al negocio unilateral "inter vivos" (artículo 1324 del Código civil), la ilicitud lleva siempre a la nulidad del negocio íntegro, o del singular pacto de que se trate.

(18) Esta tesis encuentra un firme apoyo en la Sentencia de la Corte de Casación de 24 de mayo de 1947, en la que se establece que en la cláusula de decadencia es transmisible a los herederos el derecho a hacer valer la decadencia impuesta por el testador a cargo del sucesor que impugnara la atribución de bienes hecha por el mismo testamento. "El derecho a hacer valer la cláusula de decadencia inserta en el testamento es divisible y cabe la renuncia siempre que no se perjudique el ejercicio del derecho de un tercero".

Se excluye, por tanto, la indivisibilidad del derecho, ya que podría ejercitarse en contra de cualquiera de los herederos que no hubiese respetado la voluntad del testador, y porque en virtud de la expresa disposición testamentaria la cuota de libre disposición perdida por el hijo rebelde supondría una ventaja para los otros coherederos. Derecho, por tanto, divisible por naturaleza y renunciable por parte de su titular siempre que no cause perjuicio a tercero.

(19) S. 27 de julio 1931. La "cláusula testamentaria que dispone la deca -

dencia del heredero o legatario de cualquier beneficio, al promover cualquier cuestión relativa a la sucesión, es válida. Incurriendo en la sanción no sólo el que promueve el juicio, sino cualquier coheredero que en alguna forma se adhiera a la demanda".

En cambio, según la S. 27 de mayo 1947 (Foro italiano, columna 1242, n° 102), "es ilícita la cláusula que condiciona la atribución de un determinado beneficio a título gratuito al mero ejercicio de la facultad de hacer declarar la invalidez de una institución que contrasta con una expresa prohibición de la ley. Debe, por tanto, considerarse como contraria ésta y tenerse por no puesta, la cláusula por la que se dispone la desheredación para el heredero - que impugne o amenace con impugnar el testamento por la presencia de una cláusula de nulidad sancionadora de una norma de orden público" (se trataba, en el caso concreto, de un usufructo sucesivo).

Asimismo, "es nula la conminación impuesta por el testador a cargo del heredero, de reducirle a la legítima, caso de que impugne una disposición que sea contraria a la ley" (Foro italiano, año 1908, columna 1931).

(20) S. Casación 27 de julio de 1931. La sentencia establece que es errónea la tesis del recurrente de que el derecho del heredero abintestato no pueda ser válidamente eliminado por el testador con una conminación de decadencia. Por el contrario, ello no lo puede hacer el testador en relación a la legítima o reserva, que el legislador quiere garantizar al descendiente, a los ascendientes legítimos, al cónyuge supérstite y a los hijos naturales; pero no puede decirse lo mismo respecto a los otros herederos "ex lege", no estando la desheredación de éstos en modo alguno prohibida ni limitada. De modo que la sentencia recurrida es acertada al respecto, ya que el mencionado recurrente era pariente colateral del de cuius, por consiguiente no tenía derecho a legítima.

51

III

NATURALEZA DE LA CLAUSULA PROHIBITIVA.

S U M A R I O

III. NATURALEZA DE LA CLAUSULA PROHIBITIVA.

1. TEORÍA DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA.
2. TEORÍA DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.
3. TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.
4. TEORÍA DE LA CLÁUSULA PENAL.
5. TEORÍA DE LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA.
6. TEORÍA DEL MODO O CARGA MODAL.

III

NATURALEZA DE LA CLAUSULA PROHIBITIVA.

I. TEORÍA DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA .

Ya vimos en el primer capítulo que el deseo de los testadores al introducir estas cláusulas, es el de que sus disposiciones de última voluntad o alguna de ellas no sean impugnadas, y para evitar estas impugnaciones, incluso justificadas, recurren a este -- procedimiento indirecto, calificado por alguna doctrina francesa y alemana de "desheredación condicional". Parece como si el testamento, en tales casos, estuviera afectado por una condición -la impugnación o no impugnación- cuyo cumplimiento daría lugar a la llamada "desheredación". O confirmaría en la herencia al instituido, según los casos.

¿Se trata de una condición? Caso afirmativo, ¿será condición

suspensiva o condición resolutoria?.

Vamos a suponer, provisionalmente, que fuera una condición -- suspensiva, para comprobar sus efectos. La condición suspendería la titularidad de heredero o legatario del gravado con la cláusula prohibitiva de impugnación hasta que se cumpliera, y por consiguiente hasta ese momento no podría el establecido como heredero o legatario aceptar la herencia ni entrar en el disfrute de los - bienes de la misma, lo cual desde luego es contrario a la voluntad presunta del testador.

O sea, que si se acepta que se trata de una condición suspensiva, el favorecido no podrá gozar de la atribución a lo largo de su vida, salvo que se haga depender la atribución de que el favorecido reconozca el testamento, de forma que se requiera una actuación positiva y no la actividad meramente, negativa y continua da de no impugnar.

Pero eso de que el heredero o legatario reconozca el testamento no es lo corriente en las cláusulas que se encuentran en el Derecho comparado o en el español. Desde luego, la voluntad del testador, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, es libre de establecer la condición que quiera con los efectos que --- quiera, y por lo tanto puede establecer una condición suspensiva de reconocer el testamento, que se cumplirá con el acto de renuncia o confirmación que el testador haya exigido o se interprete - que es necesario realizar en obediencia a la disposición condicional. Pero en la generalidad de los casos no es esto lo que sucede,

y prueba de ello es la jurisprudencia, ya que en las sentencias - citadas en esta tesis no hay ninguna cláusula o condición de reconocimiento, sino que todas se formulan negativamente, como prohibición de impugnar o de pedir la intervención judicial.

Pero si se dispone en forma de condición suspensiva el favorecido no será el heredero o legatario hasta que cumpla la condici -- ción de reconocimiento, aunque hasta ese momento puede ejercitar las acciones correspondientes para la conservación de su derecho (artículo 1121).

A esta condición se le aplicará el artículo 675-2, y por tanto el testador no podrá poner como condición suspensiva de una herencia o legado que el heredero o legatario reconozca una donaci -- ción con causa ilícita o que renuncie a la acción de anulabilidad que le corresponde sobre una disposición testamentaria. O sea que lo que habrá que reconocer habrá de ser lícito y válido en Derecho - cho, y en caso contrario el reconocimiento no vale, y no impide - que el legitimado interponga las acciones de nulidad o anulabilidad, aunque en cuanto a estas últimas se puede defender también - que el heredero al hacer el reconocimiento o renuncia realiza un negocio jurídico válido, pues el artículo 675 prohibía al testado - dor prohibir la impugnación, pero no prohíbe al favorecido renunciar o reconocer.

O sea, que el testador no puede decir que nombra heredero a A a condición de que reconozca la validez de unas condiciones del - testamento que puedan ser anulables, porque entonces incurre en -



el artículo 675-2. La condición está prohibida por esta norma y - en atención al artículo 792 se tendrá por no puesta, heredando in mediatamente y sin ninguna dificultad o impedimento el instituido bajo esa condición suspensiva.

Cuando la condición suspensiva en los testamentos es potestativa, el Derecho la convierte en resolutoria positiva (1). Así lo realiza el Código civil en los artículos 800 y 801, pues la redacción del artículo 800, "si la condición potestativa impuesta al heredero o legatario fuere negativa, o de no hacer o no dar, cumplirán con afianzar que no harán^o no darán lo que fue prohibido - por el testador, y que en caso de contravención, devolverán lo -- percibido con sus frutos e intereses", da a entender que el evento es en realidad un hecho positivo -contravenir la prohibición -- del causante- y provoca la resolución del derecho del instituido heredero o legatario existente hasta entonces, obligando incluso, a restituir los frutos. En los artículos 800 y 801-2, si bien se contempla, como dice LACRUZ (2), una condición resolutoria, cuya pendencia obliga a afianzar al heredero gravado y cuya existencia determina, además de la restitución de los bienes, la de los frutos, e incluso probablemente la de las cantidades retenidas, (y la de los frutos debidos percibir con culpa lata), se trata de un regimen excepcional, imperado por los antecedentes del precepto y - la conversión conceptual de una condición suspensiva en resolutoria con el fin de hacer producir al supuesto efectos prácticos -- sin necesidad de una ficción de cumplimiento, pero conservando para el caso de quebrantarse el evento negativo propuesto las mis -

mas consecuencias de una condición suspensiva (3).

En contra de la configuración de la cláusula prohibitoria como condición (con pérdida de beneficios sucesorios si se la desobedece), alegan algunos autores alemanes que este mecanismo se -- acerca menos a instituir bajo condición, que a hacer *presión* sobre el instituido. Pero parece lógico que la caracterización de estas cláusulas debe ser analizada en sí misma antes que en sus consecuencias. La que hemos venido llamando "desheredación", que conlleva lógicamente una atribución a favor de otras personas, no es más que una consecuencia de la cláusula misma, aunque el fin -- perseguido por el testador sea el de constreñir al heredero o legatario a pasar por un estado de cosas, de lo que podemos deducir que este derecho a favor de otras personas es ante todo una reacción supletoria del testador para el caso de no ser respetada su voluntad, de manera que esos "gratificados eventuales", en el fondo (para el testador), no son más que personajes de segundo plano,

2. TEORIA DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.

La conversión de las condiciones suspensivas negativas en resolutorias tiene aplicación a la prohibición de impugnar el testamento y otras similares, y por tanto es posible mantener que dicha prohibición, cuando de su infracción se deriva la pérdida de derechos sucesorios, se analiza en una condición resolutoria de -- impugnar, "perdiendo la herencia o legado el sucesor que impugne --

el testamento habiendo cláusula prohibitoria válida, y lo mismo -
ocurre si hay cláusula prohibitoria de la intervención judicial -
(4).

O sea, que estas cláusulas constituyen un supuesto de condi -
ción resolutoria; por lo que aplicando el régimen de éstas, la --
institución hecha bajo condición resolutoria hace heredero al fa -
vorecido hasta que se cumple la condición.

En la doctrina alemana, al no haber en el BGB una norma simi -
lar a la del artículo 675-2, algunos autores consideran posible y
válido que el testador atribuya los bienes bajo la condición reso -
lutoria de no hacer valer una norma legal de Derecho necesario, -
como sería, por ejemplo, la falta de forma de un testamento poste -
rior al que contiene la cláusula de caducidad. Para dichos auto -
res es imposible afirmar que ello sea contrario a la ley; por el
contrario, el causante crea una situación socialmente ventajosa -
al asegurar la paz familiar. Pero -dicen otros- en cualquier caso,
a través del arbitrio privado, se ejerce presión para que sean --
tratados como eficaces negocios jurídicos que no lo son. Ahora --
bien: cuando el Derecho, en público interés y mediante disposicio -
nes imperativas, niega la validez o eficacia de un negocio jurfdi -
co y con ello limita el principio de autonomía de la voluntad, --
consecuentemente no puede permitir a aquél que haga valer la inva -
lidez se le pongan dificultades o penalidades a través del arbi -
trio privado, lo que debe valer tanto para los negocios jurídicos
inter vivos como para las disposiciones a causa de muerte. De mane -
ra que si una disposición testamentaria es nula por infracción de

una norma legal de Derecho necesario, la constatación judicial de la nulidad no puede ser prohibida por el causante, mediante condición resolutoria, por cuanto simu táneamente contradice una regla de Derecho necesario. Lo mismo ocurre en España, con toda seguridad aquí por aplicación del artículo 675 párrafo 2º del Código ci vil.

La configuración de la prohibición como condición resolutoria tiene como consecuencias que el heredero o legatario afectado por ella pierde lo atribuido si realiza el hecho prohibido. Hasta entonces, es considerado como llamado a la herencia desde la apertura de la sucesión y como heredero desde la aceptación. Realizada la condición, los actos de disposición verificados por el heredero se resuelven(5) y únicamente siguen válidos los actos de administración, sierpre que no estén viciados de dolo; y el heredero condicional debe proceder a la restitución de los bienes. Es muy discutido hasta dónde lle la retroactividad de la condición resolutoria, pero aquí no vamos a entrar en este problema que se sale de los límites de esta tesis(6). Acep-
tamos la doctrina de los civilistas más modernos de que la condición resolutoria tiene casi siempre los caracteres esenciales de la sus-
titución fideicomisaria, y por tanto que el heredero condicional no tiene que restituir los frutos cuando se resuelve la institu-
ción.

Según el profesor LACRUZ (7) el heredero bajo condición reso-
lutoria en ciertos aspectos podrá ser considerado, por analogía,
como un fiduciario, y así, recibirá los bienes y asumirá la res-
ponsabilidad por las deudas en los mismos términos que éste, y en

la misma medida valdrán para él las obligaciones de inventario y fianza (por lo demás, discutidas para el fiduciario). En otros se aplicarán por analogía las normas propias de las obligaciones condicionales; en todo caso, en tanto la condición no se cumpla, el heredero es verdadero titular de los bienes y derechos hereditarios, y como tal, puede enajenarlos, gravarlos, inscribir a su -- nombre los inmuebles, etc., pues en la sustitución condicional el heredero conserva el poder de disposición sobre los bienes hereditarios, siquiera sus enajenaciones se resuelvan en el momento de cumplirse aquélla.

Correlativamente, el heredero designado para el supuesto de -- producirse el evento resolutorio -es decir, el intestado, si ninguno se designó- ocupará una posición semejante a la de un fideicomisario; por lo que, para él, la condición funciona como suspensiva. Si bien entiende LACRUZ que no se aplican al supuesto las -- normas de la condición suspensiva, y así, en particular, no se pone la herencia en administración, abriéndose la sucesión inmediatamente en beneficio del heredero bajo condición resolutoria. Podrá, como en cualquier fideicomiso condicional, ejercitar antes -- de su cumplimiento las acciones procedentes para la conservación de su derecho, conforme al artículo 1121 del Cc.

La sustitución fideicomisaria la acepta como probable voluntad del testador el profesor ALBALADEJO (8). En su opinión "nuestro Derecho permite tanto el fideicomiso a término o bajo condición como la herencia a término o bajo condición resolutoria, y -- si ambas figuras aparecen concebidas como distintas en el Cc., en

algunos Derechos forales (catalán y balear) aún hay más, pues se admite el fideicomiso a término o bajo condición pero se rechaza que la herencia pueda ser a término o bajo condición resolutoria".

Dejando aparte la cuestión de los Derechos forales, en nuestro Código civil, por interpretación de la voluntad del testador "la mal llamada herencia bajo condición resolutoria, es una situación fideicomisaria, ya que hay en ella lo que es la esencia del fideicomiso: un heredero primero y otro segundo instituidos queriendo el testador el paso de los bienes de uno a otro sucesivamente".

Siendo ello así, sólo habrá diferencia real e importante -continúa el citado profesor- entre esa situación fideicomisaria y la herencia bajo verdadera condición resolutoria con efectos *ex tunc*, que es el caso en que, si ocurre el acontecimiento puesto como condición resolutoria al heredero, se desea que se borre retroactivamente su carácter de heredero, y que lo que hizo como tal durante el tiempo que lo fue quede deshecho, y que todo ocurra como si desde un principio el heredero nuevo hubiese sido el único.

Caso éste que se puede decir con seguridad, que no será normalmente el querido por el testador que instituye heredero bajo condición resolutoria, pues el propósito perseguido solerá ser el de que, si se cumple, el heredero anterior entregue simplemente la herencia al siguiente y cese de ser heredero en adelante, pero manteniéndose lo que haya hecho legalmente durante el tiempo que lo fue, es decir, manteniéndose el haber sido heredero antes.

3. TEORIA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

En realidad, el que haya o no sustitución fideicomisaria de -
pende de la voluntad del testador, y si no ha declarado expresa-
mente esa voluntad, de la interpretación de la misma. Pero desde
luego siempre que un t^{est}amento dispone que el favorecido en caso
de infringir la voluntad del causante debe restituir la herencia,
no podremos por menos de plantearnos la cuestión de si nos encon-
tramos ante una sustitución fideicomisaria, considerando al favo-
recido con cláusula de no impugnar como un fiduciario.

El problema sigue siendo de interpretación de la voluntad --
del testador en relación a si quiso o no quiso los efectos prácti-
cos de la sustitución o de la condición. Por ejemplo, no es pro-
pio del fiduciario, si pierde la herencia por impugnar la última
voluntad del causante, la pérdida de lo recibido con efectos re-
troactivos, como sucede con el heredero bajo condición resoluta -
ria propiamente dicha. En Alemania se suscita la duda de si el fa-
vorecido está liberado de las limitaciones del heredero fiducia-
rio, especialmente en cuanto a la facultad de disponer de las co-
sas hereditarias.

Lo mismo en el caso de la sustitución como el de la condición,
es evidente que si el causante ha ordenado que en caso de infrac-
ción de su última voluntad determinadas personas deban ser herede-
ros suyos, con ello ha expresado ya que tales personas son susti-
tutos fideicomisarios. O sea, que hay siempre un aspecto de susti-

tución en toda condición, pues siempre hay uno que debe recibir - los bienes cuando los pierde el instituido bajo condición, aunque en la mayor parte de los casos prácticos el testador se limita a ordenar que el que impugne el testamento pierda la herencia, sin decir a quién le van a corresponder luego los bienes. El testador, al insertar la cláusula prohibitiva, hace algo distinto de esta - blecer una sustitución, porque en ésta su intención es favorecer a unas personas después del primer heredero, personas en quienes piensa directamente para favorecerlas. No siendo eso lo que sucede con la condición de no impugnar, pues cuando la pone el testador no está pensando en favorecer a nadie, sino en que haya paz - entre sus herederos y en evitarles tener que gastar dinero en --- pleitos. BINZ opina que en estos casos de prohibición de impugnar se debe pensar en una "hipotética voluntad del causante de que el fiduciario debe entrar en el goce de la herencia del modo más amplio posible. El causante no habría pensado entonces en eventua - les sustituciones fideicomisarias, y con ello no habría tenido la intención de asegurar la situación del fideicomisario. Sobre esta base es sobre lo que podemos considerar al primeramente favorecido como un fiduciario con facultad de disponer". "La tesis de la sustitución fideicomisaria parece objetable, porque el causante en los casos normales no habría contado con que el heredero insti - tuido esté sometido a cualesquiera limitaciones, mientras no contradiga su última voluntad".

Ahora bien: en el caso de perder su derecho el heredero grava - do con prohibición de impugnar hay que pensar que el testador tam

bién ha querido proteger al que debe recibir la herencia por faltar el primer heredero a la ordenación del testador, y como solo existe esa protección cuando el primer heredero no ha podido disponer libremente, a su arbitrio, sobre la herencia, habrá de entenderse que el primer heredero está en una situación semejante al fiduciario en la sustitución fideicomisaria condicional.

En la misma línea de interpretación de la voluntad del testador la doctrina alemana pone a la teoría de la sustitución fideicomisaria la siguiente objeción: que el sustituto fideicomisario transmita su derecho al heredero fiduciario, cosa que es perfectamente posible ya que el sustituto fideicomisario puede disponer de sus derechos con efecto inmediato. Existe también la posibilidad de que el sustituto fideicomisario repudie la herencia, y en este caso deberá quedar ésta para el heredero fiduciario. En todos estos casos, si la condición era para determinar la entrada del fideicomisario en la herencia cuando se resuelve el derecho del fiduciario, al desaparecer el fideicomisario se purificaba el fideicomiso.

Pero -dicen los mismos autores- "lo que en realidad ocurre es que el causante amenaza al favorecido con una pérdida jurídica para estimularle al cumplimiento de su última voluntad, cosa que no podría ocurrir si la herencia acreciera al heredero fiduciario -- tras la repudiación del fideicomisario. Con esto quedaría incumplida la finalidad perseguida por el causante, cuyo especial interés es la efectividad de su última voluntad. Por ello habría que aceptar que el heredero fiduciario, a través de la repudiación de

la herencia por el fideicomisario, no se transforma en heredero - pleno, sino que en lugar del sustituto fideicomisario debe entrar otro: por ejemplo, los herederos abintestato del causante".

Lo que en realidad ocurre es que en el caso de la cláusula -- prohibitiva hay algo distinto de una sustitución fideicomisaria.- Hay, desde luego, si se incumple la prohibición, un heredero o le gatario que recibe la herencia o el legado en lugar de otro anterior que desaparece, pero la condición no está puesta para nombrar lo que llaman los alemanes un postheredero (sustituto fideicomisario), sino para presionar al heredero o legatario nombrado en primer lugar, y por tanto el cumplimiento de la condición no puede - quedar a voluntad del que ha de recibir los bienes si se incumple.

En realidad, en el caso de la cláusula prohibitoria la sustitución fideicomisaria no es un resultado o consecuencia que ha establecido el testador para favorecer a dos herederos que en lugar de ser herederos simultáneos son herederos sucesivos, sino un conjunto de normas para resolver los problemas de lo que se hará cuando se infringe la prohibición, pero el establecimiento de la prohibición es *algo distinto* de una sustitución.

4. TEORIA DE LA CLAUSULA PENAL.

El testador puede imponer un gravamen, multa o disminución de la liberalidad al heredero o legatario, a título de pena y para el supuesto de que haga o deje de hacer alguna cosa. Eso, en el Dere-

cho clásico romano se consideraba inadmisibile, por estimar que -- los *legata poenae nomine relicta* contrastaban con el carácter de liberalidad de los legados: solo Justiniano (I., 2, 20, 36) admitió su posibilidad, siempre que fuere posible y lícito lo que ordenara o prohibiera el testador. En el Derecho actual es indiscutible su validez (LACRUZ).

Dado el fin que inspira la prohibición de impugnar, se ha pensado que tiene naturaleza de cláusula penal. El testador quiere -- que su voluntad sea respetada, imponiendo por el procedimiento vis to la obligación de pasar por ella, saliendo al paso de la viola -- ción eventual de dicha obligación con una sanción especialmente -- enérgica. De ahí la noción de cláusula penal testamentaria.

En Alemania NATTER (9) puso de relieve la analogía de las cláu sulas de caducidad con los contratos con pena convencional. Pero -- una conclusión analógica -se le objetó- presupone siempre la misma situación de intereses, y ésta es manifiestamente distinta entre -- una pena convencional y la caducidad de una institución de heredero, legado, tanto en el aspecto moral como en el económico y siste -- mático.

La divergencia moral se basa en que las partes, en una pena -- convencional, no están obligadas a guardar ninguna consideración -- personal o respetar derechos, mientras que el causante respecto a sus descendientes y ascendientes, así como respecto de su cónyuge, tiene deberes de alimentos y legítima, de fuerte contenido moral.

La diferencia económica resulta de que el deudor de una pena convencional queda liberado mediante ella de una obligación de indemnizar, en tanto que una cláusula de caducidad quita al heredeo -- algo que se le ofrecía, ya que el causante no está obligado a -- dejarle más que su legítima (si era legitimario). Así, mientras -- que la pena convencional disminuye el patrimonio adquirido por el deudor, la caducidad del derecho del heredero suprime solo expectativas. Económicamente, pues, el causante no amenaza con un castigo, sino que simplemente suprime una gratificación ofrecida.

En el aspecto jurídico la doctrina alemana distingue la pena -- convencional de la cláusula de caducidad con que se amenaza al -- favorecido en un testamento para el caso de que haga valer la ineficacia del mismo, en que la primera se fundamenta en una convención de Derecho de obligaciones, y esta última en una disposición unilateral a causa de muerte. El causante, con el fin de obtener la ventaja de eliminar luchas familiares, llega a tomar sobre sí incluso el riesgo de una falsa interpretación del testamento, decisión que puede tomar libremente (en España, mientras no colisione con el artículo 675-2).

Una ulterior diferencia jurídica, según la citada doctrina, estriba en que la pena convencional tiende a asegurar la ejecución -- de una prestación, mientras que la cláusula de caducidad funciona a modo de condición resolutoria, al llevar consigo la pérdida de una atribución o, en su caso, del derecho hereditario abintestato. Una situación de intereses análoga a la de la pena convencional, solo existe en la cautela Socini, o sea, cuando el causante, a través --

de la cláusula, limita al favorecido a la legítima.

En el Derecho español también existen estas diferencias, por lo que se puede afirmar que la prohibición testamentaria no es una cláusula penal de las que se refieren los artículos 1152 a 1155 -- del Código civil, no habiendo obligación, ni tampoco deber de indemnización de daños y abono de intereses, como dice el art. 1152 (11). Se impone una pena, pero falta el marco de Derecho de obligaciones.

Ahora bien, como el testador impone una pena de pérdida de beneficios a consecuencia de una infracción de una cláusula testamentaria, dice LACRUZ (10): "aún disponiendo la sanción en forma de condición resolutoria, el carácter penal de la pérdida o multa impuesta al sucesor hace dudar si será aplicable (con las debidas adaptaciones) precisamente en servicio del más exacto cumplimiento de la voluntad del causante el art. 1154 del Cc". Esta cuestión se estudia en el capítulo VIII.

5. TEORIA DE LA OBLIGACION ALTERNATIVA.

Al reflexionar acerca de la naturaleza jurídica de la cautela sociniana, y dada la alternatividad de los términos con que suele formularse, se ha podido llegar a plantear en la doctrina alemana la hipótesis de que se trate de una obligación alternativa. Pero esto sobre todo para la cautela Socini: si el legitimario no quiere

re reclamar la legítima, entonces debe recibir A; en el caso contrario, debe recibir B.

Pero las atribuciones A o B no están la una al lado de la otra, equiparadas: ni según el tenor literal de la cláusula, ni según lo concibe la voluntad del causante, pues se trata de llamamientos al ternativos, no de prestaciones alternativas.

El fundamento definitivo contra esta construcción es el de que si se tratase de dos atribuciones alternativas, según los principios que gobiernan este tipo de obligaciones, una vez que el elector hubiese hecho su elección en favor de una, la otra se entende ría no puesta, mientras que la legítima sigue existiendo.

¿Es posible que se trate simplemente de una opción ofrecida - al heredero?

Es evidente que estas cláusulas podrían analizarse como una - opción, abierta al heredero o legatario, entre aceptar y pasar por lo dispuesto por el testador, o bien no percibir de la sucesión en caso contrario -y en términos generales- sino la legítima, en caso de tratarse de un legitimario. Pero el fin perseguido por el testador no es éste y por otra parte, una opción supone siempre una alternativa entre dos posibilidades igualmente lícitas, de tal manera que si una de ellas es ilícita no puede llegar a concebirse la opción; y, además, no es tal la intención del testador.

6. TEORIA DEL MODO O CARGA MODAL.

¿Cabría considerar a las cláusulas prohibitivas como un su --
puesto de modo o carga?

Ya dijimos que la doctrina alemana las había considerado como una de las condiciones resolutorias que pueden añadirse a las dis
posiciones *mortis causa*. Pero en nuestro Derecho la distinción, teó-
ricamente clara, entre modo y condición, en la práctica presenta
enormes dificultades, hasta el punto de que, como se sabe, nuestro
Código civil emplea en algunos artículos la palabra *condición* para -
referirse al modo: así arts. 647-1º 651-2º 798.

Hay que destacar, por lo demás, que dado que el modo implica-
siempre un determinado comportamiento del gravado, la duda sólo -
puede presentarse claramente en relación a las condiciones potes-
tativas, de las cuales podrían constituir un supuesto las cláusu-
las que estamos analizando.

Desde un primer momento, y atendiendo al criterio de la estruc-
tura o ligamen de las cláusulas en cuestión al resto de la volun-
tad negocial, llama la atención el hecho de que en el negocio con-
dicionado es precisamente la condición la que configura la volun-
tad negocial. En el pensamiento del autor de la declaración, el --
negocio no existe sin la condición. Por el contrario, en el nego-
cio *sub modo*, éste es algo que no compenetra la voluntad principal
configurando una única voluntad negocial; así, la carga es algo --
añadido a ella y de la cual puede ser separado sin que el negocio,

por así decirlo, se destruya. La condición opera en el interior - del negocio, mientras que el modo puede afectar a su entidad económica, pero nunca a la jurídica. Si ambos son elementos accidentales del negocio, sólo el modo es accesorio (12).

Atendiendo a otro criterio, como el de la temporalidad en orden a la adquisición o pérdida de lo atribuido, el cumplimiento de la condición resolutoria ya vimos anteriormente que produce *ipso iure* la resolución y ésta tiene efectos retroactivos; mientras que el incumplimiento del modo sólo concede la facultad de resolver y, una vez ejercitada, sus efectos se producen *ex nunc* (13).

Atendiendo a la existencia o no de vínculo jurídico, hay quien ha entendido que en el modo se impone al gravado una obligación de guardar una determinada conducta; mientras que en la condición no se impone vínculo jurídico alguno: la conducta en que consiste la condición se objetiviza, se considera un simple hecho del que dependen los efectos resolutorios.

El T. S. se ha ocupado en reiteradas ocasiones de la distinción, recogiendo fundamentalmente los criterios de la temporalidad y del vínculo jurídico. Así, y desde nuestro punto de vista, son fundamentales la sentencia de 9 de julio de 1910 en la que se estableció que "el modo no impide al instituido *adquirir los bienes y transmitirlos a los herederos*" - más adelante se analiza el problema de la transmisibilidad de la acción- o la sentencia de 2 de enero de 1928 al decir que "el gravado puede pedir la efectividad del derecho otorgado, -- aunque subordina el posterior cumplimiento"; y en el mismo sentido

la sentencia de 4 de junio de 1936.

Todos los criterios expuestos adolecen del defecto fundamental de ser ineficaces en la práctica, limitándose a señalar con mayor o menor exactitud los efectos de una u otra modalidad, pero no nos aclaran realmente cuándo se trata de una condición y cuándo de un modo: la calificación viene *posteriori*, es decir, cuando ya deberíamos haber optado por una calificación jurídica de las cláusulas en cuestión. Por ello un sector de la doctrina entiende que nos hallamos otra vez ante un problema de interpretación que debe reconducirse en definitiva a la voluntad del disponente. Habrá que indagar en cada caso concreto la voluntad real del testador, pero teniendo --- siempre en cuenta el criterio mantenido por la S. de 28 de mayo de 1969, que establece que el art. 797-1º al decir que "no se entenderá como condición a no parecer que ésta era su voluntad" parece estar elevando a la categoría de presunción *iuris tantum* la calificación de la modalidad como modo (14).

En la doctrina alemana entienden muchos autores que la cláusula penal testamentaria se relaciona con el modo, viniendo a ser un aspecto de éste, o por decirlo de alguna forma, "una modalidad dentro de otra modalidad". Consistente en la imposición de un nuevo deber, a modo de pena, al heredero instituido con obligación de hacer o dar alguna cosa, en el supuesto de faltar a esta obligación. Resultando al fin y al cabo una obligación de igual naturaleza que el modo, si bien de distinta forma y extensión.

En la doctrina española se admite que la cláusula pueda tener carácter modal, en cuyo caso -dice BONET RAMON- "es un modo res - tringido con la consecuencia determinada por el testador, a sa - ber: el pago de la multa o sanción o pena impuesta por él (sien - do modo en sentido estricto, el incumplimiento del gravamen impli - caría pérdida de la liberalidad para el interesado)". Cabría pen - sar que se trata de un modo sometido a condición, pues la conse - cuencia sancionatoria sólo se produce justamente con el evento, pero no es así; la conducta positiva o negativa del gravado es - obligada inicialmente, y en ella consiste el modo, mientras que la pena sobreviene a causa del incumplimiento; sin que en principio pueda eludirse el cumplimiento pagándola (cfr. art. 1153).

En la práctica, la sanción se impone alguna vez para el even - to de retrasar el heredero el pago de los legados o alguno de --- ellos (15).

Si se repasan las características del modo y de la condición, y se tiene en cuenta la presunción *iuris tantum* en favor del modo - que establece la S. de 28 de mayo de 1969, habría que calificar la cláusula prohibitoria como un modo, si bien la cláusula sociniana es más dudosa en su calificación.

Pero efectivamente el testador ha querido que no se impugne el testamento o que no intervengan los Tribunales, y la prueba es que cuando ha prohibido promover el juicio de testamentaría, los tribu - nales no admitirán la demanda en que se pida tal juicio.

Desde luego, también ha querido el testador que el heredero --

perdiera la herencia si infringe la cláusula prohibitoria, y por tanto dicha cláusula puede tener los efectos de una condición en cuanto a la resolución del título de heredero, pero podemos decir que en muchos casos por interpretación de la voluntad del testador se aplicarán las reglas del modo.

NOTAS

(1) En el # 2075 del BGB hay precisamente una norma de interpretación para el caso de que el testador haya hecho una atribución de última voluntad bajo condición de que el favorecido se abstenga de hacer algo durante un espacio de tiempo de incierta duración. En tal caso, dependiendo el cumplimiento de la obligación del arbitrio del favorecido, el Derecho supone, en la duda, que la atribución se ha hecho depender de la condición resolutoria de que se realice la acción. Como puede apreciarse, el Código alemán no adopta el sistema de la caución muciana, sino que resuelve el supuesto de forma distinta: convierte en condición resolutoria de la atribución el hecho contrario del impuesto como -- condición suspensiva potestativa; de manera que si el favorecido infringe la - condición, entonces, y a tenor del # 158, se resuelve su derecho al objeto de la atribución, y tiene que restituir incluso, los frutos obtenidos entre tanto

(2) Pág. 449.

(3) Por lo que no cabe extender el artículo 800 a todas las condiciones - resolutorias -ni aun a las potestativas positivas que consisten en no hacer al go continuamente- ya que ello no entra ni en el texto del precepto ni tampoco en su *ratio*; consistente, no en un mero hecho de depender la realización del - evento de la voluntad del favorecido, sino en la persistencia de esa realiza - ción.

(4) No obstante, algún sector de la doctrina alemana entiende que las --- cláusulas de caducidad son condiciones resolutorias añadidas a las disposiciones a causa de muerte. Como señala Fritz BINZ (pág. 8) "ellas deben ocasionar que el favorecido no reciba o no conserve lo atribuido a él si no cumple la vo luntad del causante".

Este mismo autor entiende que cuando la cláusula se impone a un legado se trata de un legado condicionado resolutoriamente, de modo que el legatario debe restituir su atribución si contradice la última voluntad.

Por su parte, a veces la jurisprudencia alemana se ha pronunciado en el mismo sentido. Así, la sentencia del Tribunal del Imperio de 12 de marzo 1917 (*Das Recht*, número 844) se lee: "Si los cónyuges en un testamento mancomunado se instituyen herederos mutuamente y luego instituyen herederos a sus hijos, y ordenan asimismo que si un heredero impugna el testamento, siquiera en un solo punto, quede reducido a su legítima, tal disposición ha de ser entendida de modo que los hijos han sido instituidos bajo la condición resolutoria de que no impugnen el testamento".

(5) La sentencia de 17 de marzo de 1966 establece que "el heredero bajo condición resolutoria, en tanto la condición no se cumpla, es verdadero titular de la porción hereditaria o de los bienes específicos que en su caso le hayan sido asignados, y como tal goza de la facultad de enajenarlos, cederlos, gravarlos o realizar con relación a ellos cuantos actos o contratos estime, -- aun cuando por imperativo del principio general del derecho *nemo dat quod non habet* los efectos de dichos negocios jurídicos se extingan para los adquirentes con el advenimiento de la contingencia a que el derecho del transmitente se hallare sometido, conforme al aforismo *resolutio iure dantis resolvitur ius accipientis*".

(6) Parte de la doctrina a la vista de la remisión del artículo 791 a las reglas establecidas para las obligaciones condicionales, consideran directamente aplicables a la institución bajo condición resolutoria los artículos 1120, 1123 y, por vía de éste, 1122 del Cc.; artículos que regulan la retroactividad de la condición resolutoria en materia de obligaciones. Para estos autores el heredero condicional dejaría de ser tal heredero con efecto *ex tunc*, por lo -- que habría de restituir no sólo las cosas hereditarias sino también los frutos percibidos; por lo que el nuevo heredero ingresaría como tal igualmente *ex tunc*, desde la apertura de la sucesión, y las enajenaciones del antiguo se resolverían también en ese momento.

Consecuencias de esta concepción serían las de la anulación o resolución de los actos de administración del heredero condicional, y la difícil liquidación entre éste y el definitivo sobre tales bases, a menos que se entienda -- que el heredero condicional era administrador de la herencia; en otro caso, -- incluso el pago de las deudas hereditarias hecho por él sería ilegítimo en -- cuanto afectase al caudal, y sólo válido en cuanto hecho por tercero.

OSSORIO (pág. 209) entiende que por lo que se refiere a la restitución -- de los frutos percibidos e incluso los dejados de percibir "debiendo presumirse la buena fe de quien ha sido instituido heredero, el régimen de los frutos ha de ajustarse en tal caso a lo dispuesto en el artículo 451 (pág. 499), por lo que deberá hacer suyos los percibidos.

En el mismo sentido insiste PUIG BRUTAU (pág. 354) al decir que cuando -- "los autores afirman que el derecho del heredero se resuelve con efectos retroactivos al día del fallecimiento del testador, no pretenden que ello suceda de una manera tan radical como corresponde a sus palabras. No pretenden -- que se invalide el pago de las deudas hereditarias hecho por el llamado, ni -- que el nuevo sucesor tenga que resolver si acepta o no a beneficio de inventario... Lo único que tienen en cuenta es si pierden su eficacia o la conservan los actos de disposición realizados por el que ha de restituir los bienes de la herencia. Esta cuestión queda pendiente, en cuanto a los muebles, de aplicación del artículo 464 del Cc., y en cuanto a los inmuebles, del artículo 34 y 37 de la Ley hipotecaria".

(7) Pág. 497.

(8) *Las sustituciones*, pág. 519.

También señala VALLET (*Fideicomiso a término*, pág. 823) que "la intención empírica o resultado práctico que quiere alcanzar quien instituye heredero y lo somete a condición resolutoria no es la de que, en caso de cumplimiento de la condición, se deshaga lo realizado por este heredero como liquidador de la herencia con el resultado de invalidar todos los actos realizados por el instituido para que de nuevo los repita un nuevo titular, sino que únicamente ha querido limitar el tiempo de goce de los bienes hereditarios en el caso de que se cumpla la condición".

(9) Pág. 165.

(10) Pág. 598.

(11) Sobre cláusula penal de Derecho de obligaciones véase la monografía - de LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español* y los autores en -- ella citada, Pamplona, 1974.

(12) Un criterio considerado por la generalidad de la doctrina como desafortunado es el de que hay modo si el evento es valorable en dinero y susceptible de ser cumplido por cualquiera; en caso contrario hay condición; pero -- ni la carga tiene que ser patrimonial, ni nada impide que consista en una obligación personalísima.

(13) Si bien de esto último podría dudarse a tenor del artículo 647 al decir que "en este caso los bienes donados volverán al donante, quedando nulas -- las enajenaciones que el donatario hubiese hecho".

Diversos autores -entre ellos OSSORIO MORALES- no admiten la resolución -- en relación a las disposiciones testamentarias por incumplimiento del modo, fijando precisamente ahí su diferencia.

(14) Sobre el modo de testamento véanse las siguientes monografías:

TORRALBA, *El modo en el Derecho civil*, Madrid 1967.

LUNA SERRANO, *Disciplina del modo testamentario imposible*, en ADC., 1968, pág. 168.

MONTES PENADES, *El modo testamentario y las prohibiciones de disponer*, en ADC., 1974, pág. 301.

(15) LACRUZ, edición 1971, I, pág. 598.

18

IV

VALIDEZ DE LA CLAUSULA PROHIBITORIA.

S U M A R I O

IV. VALIDEZ DE LA CLAUSULA PROHIBITORIA.

1. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.
2. LA LICITUD DE LA CLÁUSULA PROHIBITORIA.
3. EL ARTÍCULO 675-2º DEL CÓDIGO CIVIL.

IV

VALIDEZ DE LA CLAUSULA PROHIBITORIA.

1. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.

A primera vista, el fundamento o apoyo de la validez de insertar en un testamento la cláusula prohibitoria está en el principio de autonomía de la voluntad que caracteriza también a la sucesión testamentaria. El testador puede disponer de sus bienes como quiera y bajo las modalidades que él mismo conforme. La voluntad del testador, su intención, es ley suprema en materia de sucesiones, como reiteradamente se ha puesto de manifiesto tanto -- por la doctrina como por la jurisprudencia y se refleja en el art. 675 al establecer que "toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador". Artículo equivalente al 1255 Cc. que consagra el mismo principio en materia de

obligaciones y contratos.

Reitera en infinitas ocasiones la jurisprudencia el principio inspirador del art. 675 al declarar que "es ley obligatoria la voluntad expresada en testamento para cuantos de éste deriven su derecho" (SS. 21 de marzo de 1902 y 1 de febrero de 1906) por lo cual "es lo primero que ha de consultarse y a su literal contexto han - de atemperarse las controversias que se debaten en juicio" (S. 5 - de diciembre de 1921) y "ha de cumplirse en cuanto no se oponga a la moral o al Derecho en los mismos términos en que aparezca mani - festada, cuando la simple lectura excluye toda duda racional res - pecto a su alcance o significación" (S. 8 de marzo de 1926) "sin - que pueda entenderse infringido el art. 675 cuando se ha interpreta - do con acierto la que con claridad aparece" (S. 23 de marzo de --- 1927), pues la voluntad del testador es ley suprema en materia de sucesiones (S. 29 de septiembre de 1927).

Pero si bien el testamento es ley para las partes y a él exclu - sivamente deben atenerse éstas, sin embargo, el testador no puede - por su sola voluntad derogar las leyes que tengan carácter prohibi - tivo o imperativo, ni aquellos que señalan la esencia y naturaleza de los actos jurídicos. Así, por ejemplo, nadie podrá declarar que su testamento valga aunque tenga un vicio que acarree la nulidad del mismo por declaración de la ley, como es el caso del citado art. -- 675-2° al decir textualmente que "el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por ley". En todo lo demás, y mientras no se contradigan preceptos - de la naturaleza expresada o que afecten a los intereses de tercero

no obligado por el testamento, cabe moverse libremente.

La autonomía de la voluntad es mayor en los testamentos que - en los contratos, pues en la interpretación de los testamentos se sigue fielmente la voluntad del testador, expresada en el lenguaje del testador, mientras que en los contratos hay que seguir la voluntad común de las partes contratantes que por lo menos serán dos.

Pero con estas diferencias y no habiendo en cuestión de testamentos un precepto que establezca directamente la autonomía de la voluntad del testador, que hay que extraer del 675 y otros muchos, hay que aplicar, adaptados a la sucesión testamentaria, los criterios que el Cc. establece , en materia de obligaciones y contratos, en el art. 1255, conforme al cual "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público"; artículo que autoriza a las personas que puedan estipular cuanto a su deseo convenga siempre que lo estipulado no contravenga lo expresamente prohibido por el legislador. La regla general es, - pues, la libertad estipulatoria; la excepción, las restricciones a esa libertad. Lo mismo en los testamentos.

El legislador confiere a los contratantes entera libertad dentro de la escala de la estipulación (pactos, cláusulas y condiciones). Pueden establecer las convenciones de carácter general (pactos) convenientes a sus propósitos. Dentro de estos pactos gozan de independencia para fijar cuantas disposiciones particulares (cláusulas

las) quieran, y por último les es lícito subordinar la efectividad de lo convenido a hechos o acontecimientos de cualquier naturaleza (condiciones).

Con estos conceptos se propone el art. 1255 Cc. asentar la regla de la libertad de estipulación. Pero tras ella viene la excepción. Los contratantes pueden acordar lo que estimen conveniente, en tanto lo acordado no sea contrario a las leyes, a la moral o al orden público.

Ahora bien, la ley es algo concreto y positivo; está escrita, y por consiguiente cuando surja la duda de si un pacto se ajusta o no a la norma, se debe examinar éste a la luz del precepto aplicable y deducir la consecuencia. Así KOHLER (1), estudiando las llamadas "cláusulas de caducidad", señala que no chocan estas --- cláusulas contra la ley, ya que por su mediación no se puede pretender tratar como válido un negocio afectado por una nulidad de interés público".

Por *moral* se ha venido entendiendo el conjunto de principios dominantes en un pueblo y en una época determinados, como reguladores de la conducta del individuo. Pero el art. 792 Cc. al estudiar las condiciones testamentarias utiliza la expresión "buenas costumbres". Ambos conceptos, en orden a lo jurídico, se utilizan como equivalentes, y todo pacto contra las buenas costumbres se reputa contra la moral y viceversa. Contra las buenas costumbres tampoco chocan estas cláusulas, ya que éstas según su contenido y motivos, persiguen la tranquilidad de las familias lo cual como



señala KOHLER(2) "está de acuerdo con el sentimiento de decoro y horadez...".

¿Qué cabría decir respecto del orden público? Dado el nexo y relación íntima entre las nociones de ley y orden público, pueden calificarse como actos contrarios al orden público aquellos que vayan contra la norma, ya sea propia, estrictamente, y en su totalidad de Derecho público, ya sea de Derecho privado, pero afectante en determinados preceptos al interés social.

Desde el momento en que las cláusulas prohibitorias no afecten a reglas basadas sobre estos conceptos, serán válidas aún en el supuesto de tener por fin imponer una derogación de la ley (supletoria). Esta parece ser la solución que consagran tanto la doctrina como la jurisprudencia. En conclusión, son válidas aquellas cláusulas que no estén expresamente prohibidas o afecten a las reglas fundamentales en que se asientan los conceptos de orden público y buenas costumbres; se nos presentan como un medio, entre otros tantos, de introducir indirectamente lo que no se puede imponer directamente. Y desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad, el procedimiento no es sólo ingenioso sino indudablemente lícito, ya que reserva la iniciativa al individuo.

2. LICITUD DE LA CLAUSULA PROHIBITIVA.

"Mediante la imposición de una cláusula de caducidad -dice -- BIRK(2)- en las disposiciones de última voluntad, el causante que ría añadir a sus órdenes una sanción adicional y específica, ya - que desde el punto de vista psicológico el causante desconfía de - su disposición, como también de los herederos (por creer que los favorecidos o algunos de ellos podrían quedar descontentos con -- sus disposiciones), o no se siente jurídicamente seguro de si tales disposiciones corresponden a la ley. De manera que piensa que con ayuda de una de estas cláusulas puede asegurar reconocimiento y ejecución a sus disposiciones".

El autor citado dice que lo que hay aquí es un problema de re laciones de medio a fin, porque lo que se pregunta es si es ade - cuado o, por el contrario, es excesivo para cumplir la finalidad propuesta, teniendo en cuenta que "la ejecución o realización de - las disposiciones de última voluntad ya está asegurada de otro mo do", por lo cual las cláusulas prohibitorias o de caducidad no pue den tener como fin dar fuerza y eficacia al testamento, que la tie ne ya en virtud de la ley, y no la recibe de la cláusula. De todos modos el autor acepta la validez de la cláusula expresando que "in cluso cuando sólo unos temores infundados llevan al causante a in- troducir la cláusula de caducidad de una última voluntad, en todo caso, esto no choca contra ninguna disposición legal".

Las cláusulas pueden considerarse como una opción abierta al heredero o legatario entre aceptar el pasar por lo dispuesto por el testador, o no recoger nada de la herencia, si las infringe, - (en su caso, nada más que la legítima). Ahora bien: una opción - supone siempre una alternativa entre dos posibilidades que habrán de ser igualmente lícitas, pues, si una de ellas es ilícita, no só lo no se concibe la opción, sino que la cláusula se entendería no puesta.

Sea que conforme a la regla general de los testamentos contenida en el artículo 792, la cláusula nula no hace nulo todo el testamento, sino que se tiene por no puesta y por tanto, el juez no puede rechazar la impugnación o la intervención judicial, y el heredero o legatario impugnante no pierde los beneficios que le concedió el testamento sometidos a la cláusula nula.

3. LA LIMITACION DEL ARTICULO 675-2º DEL CODIGO CIVIL.

Veamos otra vez el párrafo 2º del artículo 675 del Código civil. Dice así: "el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley".

Es decir que, en cuanto a las cláusulas testamentarias prohibitivas de impugnación, en principio, todo depende de la validez o invalidez, licitud o ilicitud, de la cláusula o declaración -- principal a la cual ésta sirve de sanción; de manera que si la -

cláusula o declaración testamentaria es nula o ilícita, la llamada cláusula de caducidad lo será igualmente, y por tanto también si es nulo todo el testamento.

Por el contrario, alguna de estas cláusulas son indudablemente ilícitas. Así, en los casos en que el testamento se ajusta a las reglas esenciales que gobiernan la materia, amenazando la cláusula con la sanción de la pérdida de beneficios a aquellos que, no obstante su corrección, impugnen el mismo.

El fin, sin duda alguna laudable, sería en estos casos el de evitar los procesos temerarios o aquellos que atenten inútilmente contra la paz familiar. Con lo que podemos decir, en conclusión, que la licitud de estas cláusulas dependerá del móvil o fin determinante de las mismas.

Lo esencial es que la prohibición no pretenda hacer válida una disposición testamentaria que ha incurrido en "nulidad declarada por la ley", y entonces no es bastante que la cláusula tenga como fin evitar que un testamento dé lugar a procesos entre miembros de la familia, asegurando de esta forma la paz familiar, pues aún entonces podemos decir que "el fin no justifica los medios" y la cláusula que intente hacer válido un testamento nulo o una disposición nula también es nula.

Podemos decir, con la doctrina francesa y belga, que la nulidad afecta a las cláusulas que se proponen las siguientes finalidades:

- a) Asegurar la ejecución de un testamento nulo por vicios de forma.
- b) Asegurar la ejecución de una sustitución prohibida.
- c) Asegurar la ejecución de una disposición hecha a favor de un incapaz de recibir.
- d) Asegurar la prohibición de aceptar a beneficio de in - ventario o modificar los plazos de éste (el problema no se ha discutido apenas en el Derecho español y provisionalmente aplicamos la doctrina francesa).
- e) Asegurar la obligación de permanecer en la indivisión - durante mayor plazo del legal.
- f) Asegurar una designación ilegal de albacea o contador-partidor.

También es nula la cláusula, como se verá en la tercera parte de esta tesis, cuando se infringe con las disposiciones la legítima cualitativamente y cuantitativamente, fuera de los casos de -- cautela Sociniana.

Debe también considerarse nula la cláusula que se pone para asegurar la ejecución de disposiciones anulables, porque la ac - ción de nulidad corresponde al heredero o legatario, y en principio no puede renunciarse anticipadamente por el causante, además de que los conceptos de nulidad y anulabilidad son muy imprecisos

en cuestión de testamentos y disposiciones testamentarias.

Si la cláusula tiene como fin impedir de una manera general - y sin precisar otra cosa, toda impugnación del testamento será nula en lo referente a la prohibición de impugnar por causas de nulidad, y válida en el resto.

La cláusula es válida para:

- a) Asegurar la ejecución de un legado de cosa ajena.
- b) Asegurar la prohibición de adoptar medidas cautelares.
- c) Modificar los plazos de aceptación o repudiación de la herencia.

Se trata en definitiva de determinar cómo y en qué medida se puede llegar por este camino indirecto a eludir los imperativos - de la ley. Desde luego, en materia de sucesiones la voluntad del testador es omnímoda. Pero habiendo instituido, por ejemplo, heredero o legatario, no cabría subordinar esta institución o legado a una condición que, en caso de ser observada, infringiera la ley.

El testador llegaría, en efecto, por este procedimiento, a imponer indirectamente lo que no puede hacer de otra manera.

Frente a esto se argumentará que quien puede lo más puede lo menos, es decir, o no instituir ni legar nada, o instituir y legar bajo condición, pero ya se ha dicho que las condiciones ilfcitas se tienen por no puestas.

Como dice BIRK, "la privación penal de lo atribuido no puede llevar a una corrupción del orden jurídico, *comprando* mediante una ventaja material simultáneamente la no observancia de otras prescripciones jurídicas por el causante. Por lo tanto y con la ayuda de una cláusula de caducidad, no se podría impedir que el favorecido invoque la falta de forma de un testamento o impugne la falta de voluntad del mismo, ya que no hay en principio ningún motivo para tratar de forma distinta la última voluntad condicionada que la incondicionada".

Queda un punto de interpretación del artículo 675-2; porque es te artículo puede significar que valen todas las impugnaciones realizadas a título de nulidad declarada por la ley, o que la cláusula prohibitoria produce sus efectos de sanción cuando el heredero que pone la demanda de nulidad pierde el pleito y el testamento se declara válido, lo cual se examinará más adelante, en el capítulo VII.

NOTAS

(1) Pág. 346.

(2) *Idem.*

(3) Pág. 290.

47

V

EL CONCEPTO DE IMPUGNACION.

S U M A R I O

V. EL CONCEPTO DE IMPUGNACION.

1. LA PROHIBICIÓN DE "INTERVENCIÓN JUDICIAL".
2. EL SENTIDO DE LA PALABRA "IMPUGNACIÓN".

7,

V

EL CONCEPTO DE IMPUGNACION.

1. LA PROHIBICION DE "INTERVENCION JUDICIAL".

Cuando la cláusula prohíbe "la intervención judicial" en la herencia, se ha de entender referida al juicio de testamentaria y a cualesquiera otros juicios con valor equivalente, como sería una declarativo ordinario en el cual se intentase dividir la herencia, aunque no es apropiado este procedimiento para la partición.

Como la cláusula que prohíbe la intervención judicial es prohibitiva y generalmente contiene sanciones, habrá de interpretarse restrictivamente, por lo cual la intervención prohibida será en juicio de testamentaria, o también si se impugna la partición verificada en él. Asimismo entrará en la intención del testador al prohibir acudir a los tribunales la salvaguardia de la parti -

ción realizada por los contadores-partidores. Pero, como veremos, el juez no podrá negarse a entrar en el fondo del pleito para examinar los defectos que, según la demanda, tiene la partición, pronunciando la nulidad en el caso de que tales defectos existan realmente.

Cuando el testador ha prohibido concretamente la formación del juicio de testamentaría, ¿se entiende prohibida también bajo las - mismas penas y sanciones cualquier impugnación de. testamento? A nosotros nos parece que la aplicación o no de las sanciones dependerá de cómo esté redactada la cláusula, y será, por tanto, un problema de interpretación de la misma, pero que habrá que tener en - cuenta en la interpretación lo que ya hemos dicho del carácter prohibitivo de la cláusula y la restricción con que debe interpretarse.

Pero la mayor parte de las veces lo que prohíbe la cláusula es, genéricamente, la intervención judicial, lo cual significa que el - testador prohíbe a los herederos que recurran a los tribunales. En sentido literal, la cláusula comprende también la prohibición de impugnar el testamento, porque para esa impugnación necesariamente o prácticamente siempre será necesaria la intervención del juez. Sin - embargo, esto no es totalmente cierto porque también puede ocurrir - que el testador no pensase más que en los pleitos y cuestiones que se suscitan con motivo de la partición.

2. EL SENTIDO DE LA PALABRA "IMPUGNACION".

Cuando se prohíbe, concretamente, la "impugnación" del testamento o sus disposiciones, el testador ha querido evitar disputas entre los coherederos, pero ha querido también mantener en pie sus disposiciones.

Puede haber impugnaciones que, teniendo en cuenta la finalidad de la cláusula prohibitoria, no resulten afectadas por ella. En opinión de BINZ, una impugnación de las disposiciones testamentarias que no se ponga en contradicción con la última voluntad del causante, sino que pretenda simplemente salvarla de una expresión desafortunada o de un motivo incorrecto (así, por ejemplo, y como se verá más adelante, violencia, dolo, error en los motivos, etc.), es, ciertamente, en su aspecto externo, una impugnación de la disposición, pero no representa un actuar contra la efectiva y verdadera última voluntad del causante.

Para que la impugnación incurra en la prohibición de la cláusula ha de ser eficaz y definitiva; de manera que, como se expone más adelante, las simples manifestaciones de duda o de descontento con el contenido de la declaración, tendrían tan poco valor como la declaración de que, en principio -por ejemplo, a causa de un hipotético perjuicio de la legítima-, se tiene la intención de impugnar.

Es más: en general, como ataque o impugnación al testamento, sólo puede ser considerada una conducta que se separa de la volun-

tad del causante; por lo tanto, y mientras esto no ocurre, no cabe hablar de impugnación de esa última voluntad. De lo que resulta que aquellas medidas que en último término van encaminadas a fijar una voluntad que todavía no estaba clara, no se pueden considerar como ataque a ella. Ya se dijo que a la averiguación de la verdadera voluntad pertenece, por ejemplo, la interpretación de la disposición; de manera que un litigio acerca de cómo debe interpretarse no es caso de aplicación de la caducidad. De esta interpretación de la voluntad del causante en una cláusula de caducidad, conforme a los intereses considerados en ella, resulta que a través de la misma el testador quiso vincular al favorecido a ajustarse a la voluntad exteriorizada en su disposición. De manera que esta voluntad del causante sólo es impugnada o atacada cuando el favorecido, o intenta eliminar la total disposición, o particulares determinaciones de la misma.

COING (1) habla entonces de "ataques jurídicamente relevantes", dividiendo a éstos a su vez en ataques "contra la existencia de la disposición de última voluntad" y ataques contra "el contenido de la disposición" (2).

Cuando la cláusula no prohíbe sólo la concreta intervención judicial sino, en términos generales, la impugnación del testamento, no será absolutamente indispensable para incurrir en la sanción que el favorecido por el testamento interponga demanda judicial alguna; ya que también puede tener eficacia a los efectos que estamos analizando una declaración privada de impugnación, más conocida por la doctrina alemana pero también posible en España, siempre que repre-

sente un ataque serio contra la última voluntad del causante.

Según esto, la impugnación del testamento ha de contemplarse como un hecho: la presentación de la demanda es simplemente un medio de reconocer que se ha verificado tal impugnación. La demanda no tiene aquí un carácter formal y constitutivo, como ocurre en aquellos casos en que tiene por finalidad interrumpir una prescripción; pues una vez producido un hecho, éste no puede ser eliminado del mundo por ulteriores acontecimientos. Pero, desde luego, con la presentación de la demanda, ha de entenderse que el beneficiado por el testamento ha impugnado la última voluntad del causante del modo más violento posible.

La doctrina alemana se propone el supuesto de aquellas disposiciones formalmente aceptadas pero en el que materialmente se va contra ellas. Así, por ejemplo, cuando el favorecido atribuye total o parcialmente lo a él dejado por el causante, precisamente a una persona que éste había excluido de la herencia en su testamento. En general, dada la interpretación estricta de la cláusula prohibitiva, será difícil introducirlas en su contexto.

NOTAS

(1) Cit., por BINZ.

(2) El intérprete, al juzgar de la impugnación, se encuentra con que, por una parte, puede ser la actuación más opuesta a la realización de la voluntad del testador, puesto que puede llevar a anular la total disposición o partes esenciales de ésta. Es sobre esta base, sobre lo que el causante tiene interés en evitar cualquier impugnación. Pero por otra parte existen también los intereses de aquellas personas perjudicadas por las disposiciones del testador, y cuyo interés les lleva a eliminar la disposición. Por lo tanto, inicialmente, el causante no puede eliminar cualquier impugnación de su testamento de tal modo que los tribunales la rechacen sin entrar a conocer de ella. Lo único que puede es impedir mediatamente la impugnación realizada contra su voluntad, amenazando al favorecido con la pérdida de la atribución en caso de atreverse a impugnar.

Sentencia ilustrativa en este tema es la del Tribunal del Imperio de 12 - de marzo de 1917 (*Das Recht*, n° 844). Los hechos eran los siguientes: los cónyuges habían dispuesto -en un testamento mancomunado- que se instituían herederos mutuamente, instituyendo luego herederos a sus hijos -como sustitutos fideicomisarios-, y determinando asimismo que si un heredero atacase el testamento, siquiera en un solo punto, quedaría reducido a su legítima. El Tribunal entendió que tal disposición debía ser interpretada en el sentido de que los hijos habían sido instituídos bajo la condición resolutoria de que no impugnasen el testamento (como sustitutos fideicomisarios), así que si uno de ellos, después de la muerte del primero de los cónyuges -y sin haber declarado si aceptaba o repudiaba la herencia- reclama su legítima, entonces, *pierde* sin más su derecho hereditario, incluso su derecho a la herencia del cónyuge que falleciera -posteriormente- pudiendo reclamar por lo tanto, sólo la legítima de éste.

100

VI

LAS CLAUSULAS DE IMPUGNACION.

104

S U M A R I O

VI. LAS CLAUSULAS DE IMPUGNACION.

1. OBJETO DE ESTE CAPITULO.
2. LA TERMINOLOGÍA CIENTIFICA Y EL LENGUAJE DEL CÓDIGO.
3. LA CATEGORÍA GENERAL DE LA INVALIDEZ APLICADA A LOS TESTAMENTOS.
4. IMPUGNACION DEL TESTAMENTO Y VICIOS DE LA VOLUNTAD.
 - A. LA DIVERGENCIA ENTRE VOLUNTAD Y DECLARACION.
 - B. EL ERROR VICIO.
 - C. DOLO Y VIOLENCIA.
5. IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO POR VICIOS DE FORMA.
6. IMPUGNACIÓN POR PRETERICIÓN NO INTENCIONAL DE HIJOS O DESCENDIENTES.

112

VI

LAS CAUSAS DE IMPUGNACION.

1. OBJETO DE ESTE CAPITULO.

Volviendo por pasiva la oración del art. 675-2º, resulta que el testador puede prohibir a los herederos y legatarios que impugnen su testamento en cualquier caso en el que no haya nulidad declarada por la ley. Es una idea que surge de modo directo del -- principio de autonomía de la voluntad.

El límite de la facultad o poder del testador de prohibir la impugnación de su testamento está situado, pues, en la "nulidad declarada por la ley". ¿Qué quiere decir el Código con esas palabras?

Si se interpretan al pie de la letra, tendríamos que dejar de lado todos los defectos que no consistan en esa especie denominada -

da "nulidad" del art. 675, para afirmar que cualquier impugnación por otra causa distinta caería bajo las sanciones amenazadas por la cláusula testamentaria prohibitiva. Pero por nuestra parte creemos que el legislador, al redactar el art. 675-2º, estaba pensando en todos aquellos defectos de cualquier clase que invalidan el testamento, sin pensar en las distinciones que hace hoy la doctrina moderna, de las cuales era completamente desconocedor. Cuando el Código civil, escrito en el siglo pasado y con el antecedente de unos proyectos más antiguos, como el de 1851, emplea la palabra -- "nulidad", no está intentando clasificar una forma de invalidez del negocio jurídico, sino dando a entender que cualquier defecto de los que hoy llama la doctrina "invalidez", "inexistència", "nulidad absoluta" o "relativa", "anulabilidad", "ineficacia", "im - pugnabilidad", etc.; establecido por la ley como causa de impugnación del testamento, puede dar lugar lícitamente a tal impugnación en concepto de "nulidad declarada por la ley" y sin tener que su - frir el titular nombrado en la disposición de última voluntad las consecuencias desagradables con que en ésta se amenaza al que contravenga lo en ella dispuesto o intente eludir su cumplimiento al amparo de los tribunales.

El objeto de este capítulo es separar los casos en que por haber "nulidad declarada por la ley" no se puede prohibir la impugnación o la prohibición no surte efectos, y aquellos en los que el motivo de la impugnación no está declarado como causa de nulidad por la ley, y por tanto puede funcionar la sanción ordenada en el testamento contra el impugnante.

2. LA TERMINOLOGIA CIENTIFICA Y EL LENGUAJE DEL CODIGO.

El lenguaje común llama *válido* a un acto jurídico cuando está sancionado por el ordenamiento. También es denominado *eficaz* un negocio jurídico en el que la concepción vulgar, pero inexacta, ve que existe una relación causal entre el supuesto de hecho de dicho negocio y las llamadas consecuencias jurídicas. Por el contrario, una actuación es considerada como inválida cuando la ley no le concede validez, tal que pone a su servicio su fuerza coactiva.

La doctrina y las leyes hablan asimismo de "nulidad", "anulabilidad", "impugnabilidad" e "ineficacia en sentido estricto". En realidad, invalidez e ineficacia operan en planos distintos (1) y todavía esta importante distinción en el plano conceptual no está unánimemente aceptada por la doctrina española, la cual, por lo demás, da a veces sentidos muy diferentes a estos términos.

Por otra parte, nuestro Código civil no ofrece una regulación sistemática de la ineficacia ni de la invalidez -preferentemente bajo la denominación de "nulidad"-. Ciertamente, los términos "validez", "invalidez" e "invalidar", están presentes en su articulado, oponiéndose "válido" a "nulo", y apareciendo este último término en su sentido amplio como sinónimo de "inválido"; mientras que la expresión "no surtirá efectos" -o sus equivalentes- aparece esporádicamente, acaso para denotar supuestos en que se excluye la invalidez, pero sin que en ningún caso pueda darse un valor decisivo a la imprecisa terminología legal.

Conviene insistir, ante todo, sobre el concepto de ineficacia en sentido estricto, es decir, derivada de causas ajenas a la invalidez. Las causas que provocan la ineficacia son heterogéneas, así como sus particulares consecuencias; así, por ejemplo, deja sin efecto el negocio jurídico la realización de la condición resolutoria o la no realización de la suspensiva. La discusión de cada uno de los supuestos de ineficacia y el estudio particularizado de sus consecuencias ha de hacerse al considerar cada una de sus figuras, distinguiéndose entonces si la ineficacia es originaria o sobrevenida, definitiva o provisional, quién puede hacerla valer, etc.: los preceptos legales relativos a la nulidad y anulabilidad sólo tendrán aplicación a ella, en su caso, analógicamente. Planteando entonces la impugnación por ineficacia, frente a la prohibición del testador y a la regla limitativa de tal prohibición del art. 675-2º, nuevos y distintos problemas.

Volvamos ahora, guiados sobre todo por las obras de DE CASTRO, DIEZ PICAZO y DELGADO ECHEVERRIA, a nuestras reflexiones sobre la palabra-clave del art. 675-2º; sobre la *nulidad*.

Se relaciona este concepto con el de *invalidez*. Por *invalidez* se entiende que el negocio *no vale*, sin particularizar más las formas y consecuencias de ese *no valer*. Entra, pues, en el concepto de invalidez la nulidad, que es una forma de no valer el negocio.

Conviene advertir desde ahora que *validez* e *invalidez* no son conceptos que hagan referencia a fenómenos del mundo sensible, sino al mundo del deber ser. Se trata de un juicio de valor, y este juicio

en que consiste la invalidez se orienta en un doble sentido; previamente respecto de la inadecuación del supuesto de hecho respecto a las previsiones del ordenamiento jurídico, infringiéndolas, - por lo que éste les niega la pretendida fuerza jurídica; en segundo lugar, sobre las conductas exigidas o efectivamente producidas, discerniendo su trascendencia jurídica.

Desde otro punto de vista la invalidez constituye una reacción del ordenamiento jurídico contra la inobservancia de las normas establecidas. Como señala DIEZ PICAZO, existe un desajuste entre el ideal previsto por el ordenamiento jurídico y la realidad. Esta -- discrepancia es lo que entraña una infracción; y la reacción del -- ordenamiento consistente en privar de fuerza jurídica es una sanción a la infracción.

Por lo tanto, y siendo la invalidez la sanción de una infracción, resulta plausible la idea de configurar aquélla atendiendo a los caracteres de ésta. No sólo no toda irregularidad o anomalía -- acarreará la sanción de la invalidez, sino que esta misma, cuando proceda, podrá modularse en diversas formas atendiendo a la finalidad de la norma infringida y a las exigencias prácticas que se -- presentan en cada caso. Aparecen así distintas modalidades de la -- invalidez, cuya configuración no depende primordialmente de consideraciones lógico-formales, sino de razones de oportunidad y adecuación, que el legislador ha elaborado sobre la base de una rica y compleja experiencia histórica.

Discernir, ahora, cuándo la sanción correspondiente a una irregularidad sea la invalidez, y cuándo otra distinta, o ninguna, es cuestión sobremanera difícil. Según una línea de pensamiento, de tradición francesa (*pas de nulité sans texte*), sólo podría decretarse la invalidez cuando la ley infringida la imponga expresamente, excluyéndose o limitándose al máximo las nulidades virtuales (es decir, no textuales); pero el punto de partida en nuestro Derecho parece ser precisamente el contrario, ya que el art. 6-3° del Cc. dispone con gran generalidad que "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". Con lo que la sanción general de toda infracción de ley por un negocio, salvo disposición legal divergente, sería la invalidez y, además, no cualquier invalidez, sino precisamente en su forma de nulidad de pleno derecho (art. 4° derogado del Cc.).

También esta solución es irreal. Y como buen número de actos irregulares en el sentido apuntado son, sin duda, plenamente válidos, se ha hecho notar que los actos que el art. 6°-3 del Cc. conmina de nulidad son los contrarios a la norma, pero no los meramente no conformes a ella, y que el establecimiento de un efecto distinto de la nulidad para el caso de contravención de una norma no ha de ser, necesariamente, expreso, sino que puede inferirse de la naturaleza y finalidad de la regla infringida. De manera general, el T. S. ha declarado gran número de veces que el párrafo primero del art. 4° del Cc. (antecedente con alguna va --

riante, del actual apartado 3 del art. 6° del Cc.) "se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino, como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que pueden ser meramente accidentales, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, máxime en aquellos casos en que exista una legislación especial que regule la materia, o el problema que se suscite recaiga en realidad sobre una materia que revista gran complejidad y no pueda quedar resuelto por la nuda y aislada aplicación de dicho artículo" (S. 26 de noviembre de 1968 y otras).

Las irregularidades del acto no nulo darán lugar a su corrección y, en su lugar, habremos de examinar si la petición de corrección de tales irregularidades equivale a "impugnación del testamento" en los supuestos en que haya prohibición de impugnar.

Volvamos ahora a la invalidez.

Ningún negocio jurídico es inválido en abstracto sino, necesariamente nulo o anulable, o aquejado de otro tipo de debilidad. Es decir, el Derecho no regula en general la situación de invalidez, (aunque el intérprete sí pueda, generalizando los datos particulares, construir el concepto); sino que prevé, concretamente, disciplinas más o menos pormenorizadas para diferentes modalidades o cla

ses de invalidez. Las modalidades de la invalidez no son categorías lógicas que puedan descubrirse o construirse a base de razonamientos de este tipo sino, ante todo, la regulación o reglamentación que el legislador ha dictado para tratar diferentes casos o grupos de casos que infringen en algún modo la ley. Son, pues, regulaciones de Derecho positivo, que varían mucho, o poco, de un Ordenamiento a otro, y que en el nuestro están muy influidas por la tradición histórica -desde el Derecho romano- y dirigidas a conseguir unos resultados prácticos.

En nuestro Derecho, las dos modalidades principales de invalidez son la nulidad y la anulabilidad, que por ser las únicas reguladas expresamente -aunque con ciertas deficiencias- podemos considerar como regímenes típicos de aquella. Como criterio general para su distinción sirve el del mecanismo a través del cual se hace valer la invalidez: mientras que la *nulidad* de pleno derecho (también llamada radical o absoluta) puede hacerla valer cualquier interesado, e incluso declararla de oficio el juez cuando consten en autos los hechos de que deriva; la *anulabilidad*, opuestamente, requiere que el sujeto señalado por la norma la invoque en el plazo predeterminado.

Este último mecanismo, el de la impugnación voluntaria por el interesado, es el adecuado cuando la norma infringida tiende a su protección, es decir, a la protección de un interés privado individualizado; mientras que la nulidad de pleno derecho es más propia de las infracciones de normas de orden público o de interés colectivo.

3. LA CATEGORIA GENERAL DE LA INVALIDEZ APLICADA A LOS TESTAMENTOS.

Al no existir en el Cc. una parte general cuyas prescripciones en materia de invalidez del negocio jurídico rijan igualmente para los actos *inter vivos* y los *mortis causa*, ¿puede trasladarse la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa o anulabilidad, de los contratos a los testamentos?

Ya hemos dicho que las disposiciones de última voluntad no son declaraciones de voluntad recepticias, necesitadas de aceptación, por lo cual, para ser eficaces, no necesitan llegar a áquel a quien por el contenido se refieren, ni por consiguiente estar dirigidas a él. De donde cabría asimismo deducir que las prescripciones del Cc. sobre las declaraciones de voluntad contractuales no son aplicables a las de última voluntad. Lo mismo se puede deducir del hecho de que existan unas reglas en el Cc. -si bien escasas- referidas a las disposiciones *mortis causa*, lo que en principio nos lleva igualmente a pensar que no se pueden aplicar a éstas, sin más, las prescripciones generales que se puedan construir a base de la normativa de los contratos. Algunos alegan también la identidad de redacción de los artículos 687 y 673, en los cuales el Cc. habla siempre de *nulidad*, para negar que la distinción entre

ésta y la anulabilidad pueda trasladarse.

Este último argumento no resulta concluyente, dada la imprecisión terminológica del Código civil. Y, por lo demás, aún aceptando la tesis de que los actos *mortis causa* se someten todos al mismo régimen, quedaría en pie la cuestión de saber cuál es la clase de invalidez propia de los testamentos, pues la expresión "serán nulos" utilizada en estos artículos, lo mismo puede hacer referencia a la *impugnabilidad* (como en el supuesto del art. 755 del Cc. al establecer que "será nula la disposición testamentaria a favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta") que a la *nulidad absoluta*.

Pero es que, en realidad, según la doctrina más autorizada, - en nuestro Derecho hay también dos clases de invalidez en materia testamentaria.

Independientemente de la terminología del Cc., el simple análisis de los diversos casos de invalidez en las disposiciones testamentarias pone de manifiesto la existencia de esas dos clases - distintas de aquella, a saber, nulidad absoluta de una parte, e - impugnabilidad de otra. Por ejemplo: hay algunos supuestos en los que el testamento no existe, no pudiendo por tanto devenir eficaz por prescripción, o por el asentimiento expreso o tácito de los legitimados para impugnarlo. No se puede decir que exista cuando -- falta la forma fundamental, como la autografía en el testamento - ológrafo, o el notario o los testigos en el público, o bien cuando se infringen prohibiciones como la de testar mancomunadamente

(artículo 669) o las establecidas en el artículo 670; o si falta en absoluto el consentimiento por la razón que sea, incluida la falta de capacidad natural.

A la inversa, en otros casos hay verdadero testamento, por lo cual el acto *mortis causa*, aún defectuoso, puede producir sus efectos mientras no se anule, y adquirir plena validez por el transcurso del tiempo, o por renuncia del legitimado a la acción de impugnación, o también por la ejecución voluntaria de sus disposiciones por los herederos con derecho a impugnarlo (2). Por ejemplo, en los casos de vicios de la voluntad que afecten al testamento, o de defectos de forma que no acarreen la inexistencia del testamento como tal, y aún también la falta de capacidad jurídica cuando existe capacidad natural.

4. IMPUGNACION DEL TESTAMENTO Y VICIOS DE LA VOLUNTAD

Falta en el Cc. una Parte general y, consiguientemente también unas disposiciones sobre los vicios de la voluntad genéricamente aplicables a todas las declaraciones. Existen, por el contrario, unas prescripciones -si bien escasas- referidas a las disposiciones *mortis causa*, de lo que cabe deducir que no pueden aplicarse a éstas, sin más, las disposiciones dictadas para los vicios de la voluntad en los contratos. Asimismo tal aplicación quedaría limitada por el artículo 743 al establecer que "caducarán los tes

tamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código: precepto inspirado en el principio del *favor testamenti*, con sagrado fundamentalmente a dar a entender que en materia tan delicada y trascendental no caben argumentos de analogía ni de interpretación extensiva. De manera que, como señala SCAEVOLA (3), "la impugnabilidad, nulidad, ineficacia o caducidad de los testamentos únicamente procederá cuando algún artículo de este Código taxativamente lo disponga"; peculiaridad del testamento que obedece, como ya se ha dicho, al deseo de dar a la voluntad del testador la máxima validez posible (4).

Hemos de entender, además, en esta línea de restricción, que - "los casos expresamente prevenidos en este Código", a que el artículo 741 se refiere, son sólo los mencionados en el título III del tercer libro, pues, como ya hemos señalado, si fuera de otra forma la disposición sería prácticamente inútil. Ahora bien: el artículo 743 no impide la aplicación analógica de las normas relativas a vicios del consentimiento, cuando de lo que se trata es de interpretar y completar la regulación de esta materia en las disposiciones a causa de muerte, siempre teniendo en cuenta el carácter unilateral de tales disposiciones, merced al cual no se aplicarán los artículos del Cc. relativos al consentimiento en los contratos en cuanto supongan un aceptante de la declaración.

Pone de manifiesto LACRUZ la postura igualmente restrictiva - de la jurisprudencia y entiende que esta restricción obedece segu

ramente a la frecuencia excesiva de pleitos de impugnación de tes
tamento, por expectantes herederos decepcionados en sus esperan -
zas, que prueban fortuna ante los tribunales pensando que, tenién
dolo todo perdido, si consiguen la nulidad del testamento ello --
únicamente puede favorecerles, por lo que aun cuando las probabi-
lidades no sean grandes (desde un punto de vista psicológico no -
lo cree fácilmente un litigante), arriesgan el importe de las cos
tas y gastos del proceso ante la perspectiva de una ganancia mucho
mayor.

Esta probabilidad de pleitos es la que mueve a los que otorgan
testamento a asegurar su última voluntad mediante las cláusulas -
prohibitivas de la impugnación.

Vamos ahora a tratar de las posibles causas de invalidez por -
vicios del consentimiento o ausencia de él, tratamiento que en es
ta tesis se justifica y es preciso para determinar cuándo hay "nu
lidad declarada por la ley" y cuándo no, y por tanto cuándo pueden
los sucesores no hacer caso de la prohibición del testador sin in
currir en las penas de privación de herencia con que éste trata -
de poner dificultades a los pleitos y demandas de sus herederos y
legatarios.

A. LA DIVERGENCIA ENTRE VOLUNTAD Y DECLARACION. No menciona -
el Cc. de modo general estos supuestos, y únicamente se refiere -
de una manera aislada al caso de divergencia inconsciente del ar-
tículo 773 al establecer que "el error en el nombre, apellidos o

cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada". Si bien este artículo ha sido reconducido por algún sector de la doctrina a la idea de error obstativo, este error tampoco es objeto de una consideración general por el Cc. Por otra parte podría entenderse, con el profesor ALBALADEJO, que ese artículo, correctamente interpretado, no es más que un complemento del 675, aplicando el principio "falsa demonstratio non nocet", en los casos en que aparece cambiada en la designación del instituido alguna circunstancia, ya sea por una mera equivocación al escribir, ya sea por el falso conocimiento que de ella tuviera el testador. Dicho precepto contempla, en opinión del citado profesor, un supuesto de falta de claridad en la designación, falta que ocasiona la nulidad de la institución o legado si no puede llegar a saberse -- quién es el favorecido, pero que no debe dar lugar a ella si va -- liéndose del testamento o de otros medios es posible relacionar -- inequívocamente el nombre contenido en la disposición con una determinada persona. Se mantiene en pie la institución a pesar del error, porque partiendo de la designación contenida en el testa -- mento y recurriendo luego a cualesquiera otros medios de interpre -- tación, puede atribuírsele a aquélla un significado acorde con la voluntad del testador (5).

Cuando no ocurre así, la institución no produce efecto, pero no a causa del error obstativo, sino por falta de claridad y certeza de la voluntad testamentaria.

Para el profesor LACRUZ esta interpretación, correcta si se tiene en cuenta el sentido lógico del precepto y su situación en el sistema legal, tiene el inconveniente de hacerlo innecesario, ya que con el artículo 675 podría llegarse al mismo resultado. De manera que para que el artículo 773 pudiera tener algún significado -al no deber presumirse la promulgación, por el legislador, de normas inútiles-, es preciso comprender en él todos los casos de error obstativo en la designación del heredero o legatario, ya sea porque no parece razonable otorgar distinto trato a equivocaciones de parecida entidad, ya sea porque refiriéndose principalmente al error en el nombre, apellido o cualidades del heredero, no es oportuno reducir la letra de la ley, cuando lo equitativo sería ampliarla (6).

Por lo que se refiere a la reserva mental, dado el sistema formalista del Cc. y la posibilidad que en todo momento tiene el testador de dejar sin eficacia sus disposiciones, no afecta al testamento; ya que el Derecho no puede conceder trascendencia a la voluntad reservada, no formal y puramente caprichosa del cuasante, al cual deben imputarse las consecuencias de su arbitrariedad manteniendo como válida la voluntad declarada espontáneamente por él, como se desprende de las reglas que establece el art. 675 del Cc.

Distinto de este caso es el del llamado testamento aparente otorgado por enseñanza, violencia absoluta, juego, etc., y completamente nulo por falta de toda voluntad de testar.

La simulación tampoco es posible en el testamento, ya que fal

ta la posibilidad de un acuerdo simulatorio entre las partes contratantes, de modo que los supuestos que algunos presentan como - de simulación -acuerdo con el instituido o legatario- hay que entender que son en realidad de reserva mental.

Ahora hemos de sacar para el objeto de esta tesis las consecuencias de lo expuesto. Supongamos que habiendo prohibido el testador la impugnación de su testamento, llega un heredero a la conclusión de que el testador, al dictar el nombre de algunos herederos, ha cometido un error obstativo, de tal modo que una parte de los designados en el testamento no son los sucesores que él quería nombrar. El heredero que quiere denunciar el error obstativo va a encontrarse, entonces, con la dificultad de que aunque tal error exista, el tribunal puede inclinarse por la opinión doctrinal que niega que el error obstativo sea causa de nulidad de las disposiciones testamentarias, y mantener en su validez las que padecen el error, de modo que el heredero que lo denunció impugnando el testamento acaso caerá, salvo lo que luego se dice de la -- buena fe, bajo las sanciones de la cláusula prohibitiva. Mientras que si el tribunal acepta que el error obstativo es causa de nulidad de la disposición testamentaria, como hay "nulidad declarada por la ley", la cláusula prohibitoria no se puede aplicar.

B. EL ERROR-VICIO. El artículo 673 del Cc. no menciona el error entre los vicios que anulan el testamento, de lo que una parte muy importante de la doctrina deduce que el legislador español -al contrario que el italiano (7)- no quiso considerarlo como

tal, y que a la vista del artículo 743, inspirado en el principio *favor testamendi*, como ya se explicó, no pueden aplicarse como supletorios los artículos 1265 y 1266 del Cc. (8). Excepcionalmente, el Código civil -dicen- concede relevancia al error en los casos de los artículos 767 y 882 (9).

Volvemos a encontrarnos, en este caso, con la misma duda legal del anterior. El heredero amenazado por la cláusula prohibitoria - que quiera impugnar una disposición testamentaria a causa del error del testador al dictarla, ha de contar con el riesgo y probabilidad de que el tribunal no dé lugar a la demanda, al no haber, en su opinión, nulidad declarada por la ley.

El heredero que ejercita la acción de impugnación por error -- obstativo o error-vicio no pretende desvirtuar la voluntad del causante, sino todo lo contrario: que esta voluntad se realice y cumpla en toda su verdad y autenticidad. Pero desde luego es exacto y cierto que ha impugnado el testamento, o sea que ha puesto una demanda pidiendo la nulidad del testamento por causas que luego los tribunales declararán que no son suficientes porque no están incluidas entre las legales.

La defensa del heredero será decir que los hechos son ciertos, porque es verdad que el testador incurrió en error, y que la demanda no ha sido rechazada por falsedad de los hechos ni porque el demandante estuviera intentando ir contra la voluntad real del testador, sino porque el error no es motivo o causa de nulidad de las cláusulas o disposiciones testamentarias, de modo que aun siendo -

conocido, no es suficiente para que se acepte la impugnación.

Nuestra opinión es que si los tribunales aceptan la existencia del error pero declaran que éste no es causa de nulidad, habrá que averiguar mediante la interpretación de la cláusula prohibitoria si el testador quería sancionar al que impugnó el testamento cuando el motivo de la impugnación era exacto y fue demostrado, pero no era causa de nulidad. Nosotros creemos que el testador no pudo querer castigar a quien reveló la existencia de errores en su testamento, y por tanto no dijo ninguna falsedad en la demanda en cuanto a los hechos, y sólo mantuvo una opinión jurídica equivocada o en todo caso distinta de la sentencia.

C. DOLO Y VIOLENCIA. Una de las notas características y fundamentales que se señalan siempre al definir el testamento, es la de ser éste un acto espontáneo, consciente y libre. Como ya hemos dicho, de su confirmación en la esfera legal tratan los artículos 673 y 674 del Cc.: principalmente el primero, pues el segundo es un precepto sancionador contra el que da lugar a determinados motivos de anulación de la voluntad del que testa.

Violencia, intimidación, fraude, dolo: son todas ideas representantes de un ataque a la libre espontaneidad, a la libertad del que, por causa de muerte, necesita más que nunca que su voluntad se determine únicamente por su propio pensamiento y propio obrar.

a) Habla el Cc. en los artículos 673 y 674 de *dolo* y *fraude*, y en el 756 sólo de *fraude*, palabras que para algunos - autores son sinónimas, y para otros no. Para éstos, el fraude se refiere únicamente a aquellas formas de dolo dirigidas a privar al causante de elementos de juicio - que influirían en sus disposiciones. COSSIO opina que - la distinción es más profunda: para él, el concepto de fraude está íntimamente vinculado con el de engaño, mientras que el de dolo se extiende a otro supuesto de naturaleza muy distinta, no siendo preciso que induzca a -- error para que produzca la nulidad del testamento. Dice: "bastan aquellos artificios y maniobras que, encontrando el terreno propicio de una voluntad débil, llegan a anularla por completo sustituyendo el querer del testador - por el del agente del dolo".

Surgen así como vicios de la voluntad testamentaria, incluidos en un concepto genérico de *dolo*, junto al engaño doloso o fraude, la captación y la sugestión (11), - dolo en sentido estricto, que según CUYACIO, existen -- cuando se dan "aquel complejo de artificios, de engaños, de maniobras, mediante los cuales alguien sorprende la buena fe del testador y le induce a testar para él o para otro". Refiriéndose a tales figuras añade COSSIO que no suponen tanto una anulación de la voluntad como una aminoración de ésta, en tanto en cuanto el artificio va encaminado, no tanto a equivocar al testador sino a en-

caminar su querer, sustituyéndolo por el propio del autor. Puede decirse, pues, como afirma OSSORIO MORALES, que existirá este vicio de la voluntad en los testamentos "cuando con palabras o maquinaciones insidiosas -- (art. 1268), alguien es inducido a otorgar un testamento o a revocarlo en todo o en parte, de tal manera que sin dichas palabras o maquinaciones no lo hubiera otorgado o revocado o se hubiera producido de otra manera". Añade este autor que es indudable que no se aplica a los testamentos -que es negocio jurídico rigurosamente unilateral- la disposición acerca del dolo contractual que exige que proceda de la otra parte contratante. Es evidente que no cabe hablar de "otra parte otorgante", sino que la contraposición sólo puede establecerse entre otorgante y no otorgantes -así, todos los no otorgantes pueden haber ocasionado el dolo que invalide la voluntad del testador-.

- b) Teniendo definiciones "oficiales" en el Cc., por decirlo de alguna manera, de lo que debe entenderse por violencia, intimidación, fraude, dolo, etc., habremos de acudir a ellas con preferencia aunque estén dadas con relación a los contratos, pero que en lo esencial tienen que convenir con los que respecta a los testamentos.

Así, el art. 1267 dice que "hay violencia, cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible", y con relación a nuestro objeto, cuando el --

testador no ha podido sustraerse ni física ni moralmente a la causa que le indujo a testar en determinado sentido, y según los deseos del que empleó tal violencia. En el segundo caso, es decir, cuando el testador obra - en virtud de influencias morales, existe más bien la llamada *intimidación*, que el mismo Cc., en el apartado 2º del art. 1267, aprecia que hay cuando se inspira a uno de los contratantes un "temor racional y fundado", etc. La *violencia*, pues, de que habla nuestro art. 673, comprende en sí las dos ideas: la de fuerza o violencia en sentido estricto, aludiendo a las influencias materiales o psíquicas, y la que obra por motivos morales, es decir, la intimidación. Aunque el Cc. en su art. 673 hable sólo de violencia, ya se entiende, sobre todo dada la rareza de la *vis absoluta* y su efecto de eliminar el consentimiento, a qué pretende referirse el precepto (12).

- c) Como es evidente, tanto la violencia como el dolo no se presumen y deben alegarse en cada caso, ya que lo nor-mal es que el testador ordene su última voluntad en estado de ser racional, completamente responsable de sus actos, y sin sugestión de influencias orgánicas ni de alicientes externos que nieguen o contradigan su libertad. Lo excepcional, pues, es lo que debe alegarse y -- acreditarse; y por consiguiente el juzgador será árbitro para apreciar en cada caso concreto si existieron vio-lencia y engaño, y en grado suficiente para producir la

nulidad del testamento; y ello no porque el arbitrio judicial sea preferible a la consagración concreta que la ley hace en cada caso de los principios jurídicos, sino porque sería de todo punto imposible al legislador prever los innumerables supuestos acerca de la intensidad del engaño, de su importancia y de los efectos que puedan producir. Ya que no caba imaginar que según el artículo 673 todo dolo o engaño anule el testamento. El legislador ha establecido el principio general, y será la jurisprudencia la que determinará oportunamente las aplicaciones en concreto, confirmando en cada cuestión el propósito que el legislador ha querido dar a entender con las palabras de dicho precepto.

Vuelve a ponerse de manifiesto en estos vicios de la voluntad el gran problema de los límites de la cláusula prohibitoria, y la dificultad que surge de ella para el heredero o legatario del testamento donde dicha cláusula se inserta, porque no sabe, antes de poner el pleito de mandando la nulidad, si va a ganarlo o perderlo. El tiene la voluntad de hacer triunfar la última voluntad del testador y de apartar de ella todos los vicios que la enturbian o falsean, pero hasta que el juzgador, con su arbitrio, no aprecie si ha habido dolo o violencia, no sabrá si el pleito ha servido para anular el testamento o la disposición testamentaria, y entonces, si la sentencia afirma que no hubo dolo o violencia en grado

suficiente como para anular las disposiciones, el sucesor que intentó la acción se encuentra aparentemente in curso en las sanciones de la cláusula prohibitoria.

- d) Los testamentos no son nulos, aunque en ellos el testador hubiera procedido por medio de violencia, dolo o -- fraude suficientes para extinguir su voluntad, si nada se hubiera reclamado por los interesados en su cumplimiento contra tales disposiciones. Ya que al interés público por sí solo nada le toca hacer, cuando los fa - vorecidos o perjudicados por el testamento no reclaman contra la concurrencia de los vicios, aceptando el testamento sin reparos o ratificándolo tácitamente, por ac tos que sólo a ellos les interesan. Porque, aunque la jurisprudencia afirma que la acción de dolo no es renun ci able, ello no implica que ninguna ley ni tribunal -- sean capaces de obligar a un heredero o legatario, ya - designados, ya preteridos o perjudicados, a plantear ju dicialmente la acción de nulidad si ellos aceptan un ac to nulo por haber concurrido en su producción alguno de estos vicios. Como es evidente, de ahí no se deriva que el testador pueda prohibir que se impugne el testamento en los casos referidos en que existe nulidad declarada por la ley, ya que esto se opondría a las más elementales ideas de justicia y además así lo condena expresa men te el párrafo 2° del art. 675 del Cc.

5. IMPUGNACION DEL TESTAMENTO POR VICIOS DE FORMA

El testamento es un acto cuya validez se vincula estrechamente a la estricta observancia de las formalidades prevenidas en el Cc. El quebrantamiento de los preceptos relativos a los diversos requisitos formales de cada testamento tiene, en principio, una sola y extrema sanción: la nulidad absoluta. Así, establece el art. 687 del Cc. que "será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades expresamente prevenidas en este capítulo".

Como señala DIEZ PICAZO (13), el fundamento del principio inspirador del art. 687, que puede llamarse de rigidez formal, radica en la necesidad de garantizar la autenticidad de la declaración testamentaria, habida cuenta de la trascendencia moral y económica que encierra, y del hecho de que se trata de un acto estrictamente individual que debe surtir sus efectos después de la muerte del otorgante. Al mismo tiempo que es necesario garantizar la certidumbre o coincidencia de las declaraciones plasmadas documental^{mente} y las que fueron efectivamente hechas.

La doctrina, al lado de estas dos razones básicas, menciona otras como la de que la publicidad del otorgamiento garantiza la libertad en la emisión de la voluntad y asegura las condiciones de capacidad del otorgante. No obstante, apunta OSSORIO (14) que esta doctrina puede resultar a veces demasiado radical cuando el requisito inobservado no responde a una finalidad práctica suficiente.

cientemente justificada por la necesidad de garantizar la autenti-
cidad del testamento.

Para MANRESA (15), este precepto del Cc. es justo y, más que justo, lógico dentro del organismo testamentario que el Cc. establece. Las formalidades que éste prescribe obedecen, dentro de la manera de ser de cada forma especial de testar, a algo práctico y necesario que es preciso respetar. Desde luego que habrá unas más esenciales y más indispensables que otras. Pero todas, generalmen-
te juzgadas, tienen su razón de ser.

Tal principio general -entiende este comentarista- debería ad-
mitir algunas excepciones, ya que resultaría deplorable que por - la omisión de algunos insignificantes requisitos de que se prevalliera un descontento heredero o legatario que reclamase por ese - motivo la nulidad del testamento, fuese forzoso que el juez decla-
rase ésta. Así, por ejemplo, ¿no sería en extremo violento que -- por haber omitido el notario o los testigos la designación del lu-
gar en que el testamento se otorgó, haya de echarse por tierra -- por completo un testamento extendido en todo lo demás con la suma completa de las solemnidades ordenadas por el Derecho, y cuando - el extremo omitido podría igualmente deducirse de otras cláusulas o del contexto general del testamento? Otro tanto cabría decir de muchas particularidades de transcendencia secundaria, cuyo incumplimiento -parcial o total- aunque no es conveniente que ocurra, no debería ocasionar los incalculables perjuicios y consecuencias en orden a los intereses del testador, de sus herederos y legatarios, y hasta de las razones de moralidad y justicia.

Otros piensan que dada la forma genérica y comprensiva en que está redactado el artículo 687 del Cc., ni el requisito más mínimo queda excluido. Todos están comprendidos en él y llegarán a -- producir la nulidad del testamento si no se ponen en práctica tal y como lo ordena el Código, puesto que en ninguno de los restan -- tes preceptos de éste se descubre atenuación alguna a tal regla -- general, que convierta a ésta en más racional y práctica.

El mismo SCAEVOLA (16) ya señalaba que "la tolerancia no puede ampliarse indefinidamente, de modo que para atajar un camino -- que podría desvirtuar el contenido del art. 687 del Cc. y con -- cordantes, explica la Sentencia de 16 de febrero de 1891 que "la ley no distingue entre las formalidades y las solemnidades pro -- pias de los testamentos, sino que, por el contrario, emplea indis -- tintamente una y otra palabra por ser sinónimas y referirse ambas a la forma de hacer el otorgamiento".

En la jurisprudencia, el Tribunal Supremo de una parte afirma el carácter formal del testamento. ASÍ, dicen las sentencias de -- 29 de octubre de 1963 y 27 de septiembre de 1968 que "por no ser de tráfico los negocios jurídicos *mortis causa*, tienen carácter for -- mal en su formación, exigiéndose, por tanto, determinados requis -- tos, cuya inobservancia determina su nulidad absoluta, sin posibi -- lidad de ulterior convalidación por los interesados, salvo sus po -- deres para distribuir entre ellos los bienes hereditarios como -- les convenga, respetando o no el testamento imperfectamente con -- cluido".

La S. de 1 de diciembre de 1927 aclara que "no basta que sea indudablemente conocida la voluntad de un testador para que pueda prevalecer, si no resulta expresada en la forma requerida por la ley, porque son tan esenciales los requisitos que para la expresión de la última voluntad han establecido las leyes, que la falta de cualquiera de ellos desvirtúa en absoluto la eficacia del testamento que se produjera o solemnizara con olvido de alguno de los requisitos que determinan su validez, aunque no exista ni se haya por nadie suscitado duda de que contiene exactamente la última voluntad del testador".

Según la sentencia de 25 de octubre de 1962, "el carácter -- formalista que nuestro Código imprime a los testamentos, lleva a declarar nula aquellas disposiciones en que no se observen las formalidades que señala... lo que obliga de un lado a la exigencia en toda disposición testamentaria del cumplimiento de cuantos requisitos formales establece la ley con toda escrupulosidad".

Por último, la S. de 10 de julio de 1944 establece que "es -- uno de los dogmas fundamentales de la sucesión mortis causa que la forma es esencial al acto testamentario, el cual, para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la ley... si bien la propia ley para proveer a circunstancias extraordinarias establece formas especiales y simplificadas por las que facilita la expresión de la última voluntad a ciertas personas y en determinadas circunstancias".

Ahora bien: el propio Tribunal Supremo, en algunos supuestos concretos, ha atenuado el rigor de los principios, por considerar que la infracción formal no tiene entidad suficiente como para determinar la nulidad del testamento.

Por ejemplo, según la S. de 30 de abril de 1909, "si bien a tenor de lo dispuesto en el art. 687 del Cc. será nulo el testa mento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas, se impone, según regla del buen criterio, tener en cuenta la índole de dichas formalidades, para -- apreciar, con relación a su trascendencia, el límite dentro del cual pueden conceptuarse cumplidas, armonizando así la voluntad conocida de un testador con los requisitos externos de su expre sión". Asimismo, S. de 11 de febrero de 1927.

Comentando esta jurisprudencia, dice PUIG BRUTAU (17) que en tales supuestos "no se trata de posibles contradicciones doctrina les porque la introducción de cierta flexibilidad siempre se fun da en criterios de equidad y éstos tienen su justificación en cir cunstancias especiales de cada caso".

Los requisitos a que se alude en el art. 687, son los que se refieren al contexto general del testamento, afectando comúnmente a todas sus cláusulas y, por tanto, cualquier omisión en tal sentido anulará aquél totalmente. Pero si el requisito hiciera rela ción sólo a alguna cláusula testamentaria (por ejemplo, la que or dena un legado), la institución de heredero se salvaría de la nu lidad y quedaría válida y existente, y también las restantes dis posiciones no afectadas.



La prohibición de impugnar tiene un sentido especial en relación con los defectos formales del testamento. De una parte, son los defectos más graves y que con mayor virulencia pueden conducir a la nulidad. De otra, la impugnación por vicios de forma es la más opuesta, en la mayor parte de los casos, a la voluntad del testador, que ha sido formulada sin respetar los preceptos formales, pero que casi siempre se conoce y consta con certeza, de modo que la nulidad es contraria a esa voluntad.

Por esto las impugnaciones que no prosperen porque el defecto, de acuerdo con la indicada jurisprudencia, era insignificante, de terminarán la aplicación de las sanciones previstas por el testador para quienes pretendan mover litigio acerca de las disposicio nes de última voluntad, que entonces tienen su aplicación muy jus tificada.

6. IMPUGNACION POR PRETERICION NO INTENCIONAL

DE HIJOS O DESCENDIENTES.

Entre las causas de nulidad de los testamentos se cuenta, en algunos casos, la preterición de un titular de legítima.

A este respecto el art. 814 del Cc. establece que:

"La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias".

Y añade que:

"Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:

1°. Si resultasen preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2°. En otro caso, se anulará la institución de heredero, - pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor - del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

Los descendientes de otro descendiente que no hubiese sido -- preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos".

El precepto ha sido redactado con grandes modificaciones por la reforma de 1981, que se ha aprovechado para adaptar el art. -- 814 a las orientaciones de la doctrina más reciente -DE LA CAMA - RA, VALLET, LACRUZ- distinguiendo cuidadosamente por sus efectos

•

la preterición intencional de los descendientes de la que no lo es. Esto es acertado, si bien para el autor de la reforma la re - gla general, aunque el caso se produce raras veces, es la omisión intencionada del legitimario; la voluntad deliberada del testador de que no figure su nombre en el testamento, viniendo a consti -- tuir la excepción la preterición no intencional, es decir, la -- que es producto involuntario de la negligencia del disponente en rectificar un testamento a la vista de nuevos acontecimientos -hi pótesis mucho más verosímil que la anterior-.

En los supuestos de preterición intencional, ésta "no perjudi ca a la legítima", pero no hay nulidad del testamento, sino que el legitimario percibirá aquélla con cargo al caudal, ingresando en la comunidad de herederos como un sucesor universal más, aunque - no por la misma cuota de los otros, sino la representada por su - legítima.

Mas si se trata de preterición errónea o no intencional, si - resultaren preteridos todos los legitimarios *se anularán* las dispo - siciones testamentarias de contenido patrimonial. El legislador, acaso influido por la Comp. catalana, ha tratado de interpretar - la voluntad del causante pensando que si éste hubiera conocido la existencia de sus descendientes o ascendientes, a ellos les hubie ra destinado sus bienes, por lo cual el precepto no respeta tam_{po} co los legados.

Otro caso hay de nulidad, cuando no resultan preteridos todos los descendientes: se anula la institución de heredero a petición

del preterido, pero no los legados y, si la institución de heredero es en favor del cónyuge, la anulación sólo alcanza a remediar el perjuicio estricto de la legítima pero se conserva el resto de la institución.

Veamos ahora la validez y efectos de la cláusula prohibitoria cuando hay preterición. Creemos que en estos casos, aunque algún autor ha entendido que la acción impugnatoria no es de nulidad(18), a los efectos del artículo 675 hay "nulidad declarada por la ley" siempre que haya preterición y, por tanto el preterido no incurre en las penas con que amenaza el testador al que impugne el testamento.

NOTAS

(1) Para ENNECCERUS-NIPPERDEY son declaraciones de voluntad nulas aquellas en las cuales falta una parte del supuesto de hecho esencial, y que por consiguiente fallan en la capacidad negocial o en la voluntad de las partes, en la forma prescrita por la ley, o traspasan el contenido prescrito por las mismas. Son declaraciones de voluntad ineficaces, aquellas en las cuales aun que existe este supuesto de hecho esencial, faltan algunas de las condiciones para que se produzca la consecuencia jurídica. Y son impugnables finalmente, los negocios jurídicos en que existen completos los elementos del supuesto y las condiciones requeridas para la producción de las consecuencias jurídicas, y que por consiguiente, en sí, tienen la sanción del ordenamiento jurídico, pero cuya adecuación a las normas jurídicas puede ser destruida por las partes legitimadas para ello y por motivos especiales, personales al que impugna dicha adecuación cuando esta efectividad del negocio jurídico aparece como injusta.

(2) *Cfr.*, S. 15 marzo 1951: no se da lugar a la nulidad porque el demandado "a pesar de estar enterado de la relación que mediaba entre el notario autorizante y uno de los testigos (amanuense de éste), prestó con reiterados y con cluyentes actos su conformidad a dicha disposición, habiendo comenzado a ejecutarla de acuerdo con su coheredero".

(3) Pág. 209.

(4) Y ello porque se trata de un acto que deviene irreplicable en el momento de ser eficaz, y habiendo de producir sus efectos después de la muerte del testador, no podría ser éste nunca árbitro de la impugnación -como ocurre en materia de contratos- y ni siquiera podría nunca llegar a saberse, como no sea por presunciones, a favor de quién hubiera dispuesto, por lo que el daño causado por cualquier vicio resulta en tales casos, las más de las veces, irreparable. De ahí que tales vicios, cuando son causados por tercero, representen además un verdadero delito civil que la ley sanciona con penas adicionales a la nulidad, y distinta de ella, en las que tiene en cuenta, sin duda, la impuni-

dad buscada por quien provoca un vicio que solo se pone de relieve cuando el - afectado inicialmente por él -el testador- no puede evitar sus consecuencias.

(5) Objetan algunos que, entonces, se rompe con la doctrina aplicada en - el artículo 767, de que la prueba de la intención del testador se debe hacer - con elementos del testamento mismo, y es tan completo el rompimiento que señala MANRESA (tomo V, pág. 429) "ni siquiera se limita la demostración a otros documentos o actos auténticos como establece el artículo 625 del Cc. italiano, - sino que permite toda prueba, proceda de donde proceda", añadiendo este autor que los jurisconsultos franceses, ante el silencio de su Código acerca de este punto, sostienen, por lo general, que aportar pruebas extrañas al testamento - es sustituir con otra la voluntad manifiesta en éste; pero se comprende desde luego que este argumento es aplicable a todo menos a la determinación de la -- persona erróneamente señalada por el testador, que raramente podrá hacerse con datos del mismo testamento. De modo que convencidos de esta verdad, los tribunales franceses han venido admitiendo otro tipo de pruebas, consideradas ya como fuerza de costumbre y como tal aceptadas y respetadas".

(6) A esta solución cabría objetar que llevaría aparejado el considerar - como disposiciones válidas a declaraciones que en modo alguno se hallan formuladas en el testamento, sustituyendo con ellas a título de voluntad real del - causante las declaraciones erróneas. Responde LACRUZ que el funcionamiento del artículo 773 siempre supone una cierta corrección de la voluntad declarada, -- puesto que no se trata del uso de palabras en un sentido distinto del ordinario y sólo propio del testador, ni de denominaciones únicamente conocidas por él, o que se confunden con otros sujetos o convienen a varios, ya que si fuera así el artículo no hablaría de error: en tales casos no hay divergencia entre la voluntad real y la declarada, sino supresión de una mención errónea e incluso su sustitución por otra verdadera. Es más, este resultado puede evitarse mediante una interpretación estricta del artículo 773, párrafo 1, exigiendo, para mantener la validez de la institución, que "la persona nombrada" lo sea --- realmente en el testamento, de manera que no pudiendo identificarse la persona en cuestión, aun con dificultad, a través del escrito, la institución haya de tenerse por nula, aun conociéndose la voluntad real del causante, es decir, el nombre de la persona a quien quería instituir, pero que no instituyó.

(7) Según el art. 644 del Código civil italiano, "el error es causa de -- anulabilidad de la disposición testamentaria cuando el motivo resulta del testamento, y por él sólo se determinó el testador a disponer". Establece, tanto para la impugnación por error como para la violencia o el dolo, el plazo especial de cinco años limitado a contar desde el día que se tuvo noticia del uno o del otro

(8) La doctrina española está dividida en cuanto a este punto. En una primera época era frecuente la respuesta afirmativa por aplicación analógica de - los artículos 1265 y siguientes. Así, TRAVIESAS, fundaba además la relevancia del error diciendo que el Cc. manda tener en cuenta la voluntad del testador - para hacerla prevalecer en todo caso, según resulta del artículo 675, de modo que la voluntad del testador quedaría excluida si se atribuyera eficacia a una disposición errónea. En la doctrina posterior ROCA SASTRE y BONET entienden -- que el silencio del artículo 673 no obedece a un designio legislativo de mantener en lo posible la expresión de la voluntad testamentaria al amparo del favor testamentii; es decir, más que una omisión intencionada y de sentido exclu-

yente, implica tal silencio una laguna normativa que debería colmarse, bien -- por aplicación analógica, bien por interpretación extensiva del art. 1265 del Cc. Entienden estos autores que aun tratándose de un precepto dictado en materia de contratos y que habla de *consentimiento*, esta palabra se emplea en el Cc. como sinónimo de *voluntad* (véase artículo 997). Por otra parte tanto el -- contrato como el testamento son negocios jurídicos, declaraciones de voluntad, y si para proteger tales declaraciones reacciona la ley contra el error, la -- violencia o el dolo, es porque no puede conceder valor a una formación anómala de la voluntad, lo mismo si se ha producido en un contrato como en un testamen -- to, ya que carece de sentido mantener vigente una declaración de voluntad cuan -- do ésta es a todas luces errónea.

Opuestamente ALBALADEJO, a quien siguieron OSSORIO MORALES y VIÑAS, mantie -- ne la irrelevancia del error. OSSORIO objetó a TRAVIESAS que el argumento fun -- dado en el art. 675 no es decisivo, ya que este precepto señala simplemente un criterio de interpretación y se refiere a un supuesto de discordancia entre lo realmente querido y lo manifestado, es decir, al error en la declaración y no al error-vicio, que es el que influye en la voluntad, conduciendo a una deter -- minación que sin el error no se hubiera producido. Los citados autores apoyan su tesis en el art. 743 del Cc., al no mencionar ningún precepto del Código al error como causa de nulidad; y también en el hecho de que no pudo ser un olvi -- do del legislador la omisión del error en el artículo 673 del Cc. porque aco -- gió otros vicios distintos, e incluso acoge el error en el caso concreto del -- artículo 767. Además este precepto es aplicable a cualquier supuesto de error, y por tanto, cualquiera que sea la clase de error, debería resultar del mismo testamento que no se habría hecho la institución de haber conocido la verdad, cosa que es imposible fuera del supuesto de error en los motivos.

LACRUZ sostiene la dificultad de la solución del problema, aun cuando des -- de el punto de vista de política legislativa no ve razón convincente para eli -- minar el error de entre los vicios de la voluntad testamentaria. No lo sería, desde luego, que el error refiere la nulidad a una disposición singular, mien -- tras que la violencia o el dolo pueden causar y de hecho causan muy frecuente -- mente la nulidad de todo el testamento. Para dicho autor el único punto claro en este tema es el art. 767, en el cual las palabras *causa falsa* equivalen a -- *motivo erróneo*, ya que el legislador sólo quiso invalidar a través de este pre -- cepto todas y solas las atribuciones que, estando determinadas causalmente por un motivo, por una representación que no tiene correspondencia con la realidad, no sólo expresan en el testamento la existencia del motivo, sino también su -- esencialidad, su carácter determinante. Ambos motivos han de probarse con el -- testamento; sólo la falsedad puede demostrarse por cualquiera de los medios vá -- lidos en Derecho.

(9) Pero el art. 767 no considera fundamento bastante de impugnación el -- error en los motivos, sino sólo aquel error en que por haberse manifestado la causa -motivo determinante- en el testamento y deducirse de él que la institu -- ción o el legado dependen de la realidad de aquélla, produce igual efecto que la ausencia de una condición de presente o de pasado. Un motivo, aun determi -- nante, que no resulta del testamento, sino a través de la interpretación de la voluntad del testador, recurriendo a medios extrínsecos de prueba, no influye sobre la validez de la disposición. Así el T. S. ha entendido que la mera *de -- mostratio* no puede ser equiparada con el motivo, exigiendo en las sentencias -- de 16 de junio de 1951 y de 10 de febrero de 1942, para que la falsedad de la causa lleve consigo la insubsistencia de la disposición, la prueba de que el --

testador no hubiera dispuesto como lo hizo de haberla conocido.

En particular, la S. 10 febrero 1942 declaró que no hay una clara expresión de la causa o motivo de la institución en la cláusula por la que el causante instituyó "único heredero en todos sus bienes, derechos y acciones a su mencionado hijo natural reconocido", añadiendo "que en todo caso no se ha probado que el testador no hubiera hecho el nombramiento de heredero de haber conocido la nulidad del reconocimiento o la inexistencia de la filiación natural, como sería preciso, según el artículo 767, para que la falsedad de la causa implicara la nulidad de la disposición".

La deficiencia del motivo no sólo puede provenir de error del causante en el momento de disponer, sino de acontecimientos posteriores al acto de testar, y anteriores a la apertura de la sucesión. La expresión de un motivo erróneo en una cláusula mediante la cual el testador excluye de su herencia a una determinada persona (legitimario, heredero abintestato o extraño) produce, por aplicación analógica del 767, la nulidad de la disposición, pero no confiere al excluido derechos hereditarios distintos de los legales si no resulta así del testamento.

(10) La colocación, sin embargo, de los transcritos preceptos, no le parece a la doctrina de los comentaristas del Código la más adecuada y conveniente, ya que el art. 673 -dicen- alude a unos motivos de nulidad del testamento, y para este objeto hay en el Cc. un apartado destinado exclusivamente a tratar de la revocación e ineficacia de las disposiciones testamentarias, que es donde mejor cabida pudiera tener.

Por lo que se refiere al art. 674, alude éste a motivos por los que un heredero puede no llegar a serlo efectivamente, y (en su opinión) "también para esto hay un lugar en el Cc. donde, al comenzar a tratarse de la herencia, se determina los que tienen incapacidad para disfrutarla, o indignidad para gozar de la cualidad de heredero, y es precisamente en dicha parte y en los números 5º y 6º de dicho artículo, donde se dice que son incapaces para suceder, por causa de indignidad, los que con amenazas, fraude o violencia obligaren al testador a hacer testamento o a cambiarlo, y los que por iguales motivos impidieren a otro hacer testamento o revocar el que tuviese hecho o suplantaran, ocultaren o alterasen otro posterior. De modo que lo que hay aquí es una redundancia de disposiciones con las que nada ganan las exigencias de claridad ni de exposición metódicas del Cc. Además, no cabe dudar que las causas que en dicho artículo, en relación con el anterior, se exponen como de incapacidad e indignidad para suceder, son comunes a la sucesión testada e intestada: de ahí que la mayor parte de los Códigos extranjeros y nuestro antiguo Derecho patrio tratan del objeto del artículo 674 al exponer las causas de indignidad e incapacidad".

(11) Por lo que se refiere a la captación, el T. S., en S. de 1 de junio de 1962 pronunció que "se trataría de una modalidad del dolo causal específicamente dirigido a excluir, en todo o en parte, de una sucesión dada, a determinados sujetos que en otro caso serían llamados a ella por la ley o por el propio testador, sin que por lo tanto pueda parificarse con la influencia de los naturales efectos y sentimientos que impulsan las declaraciones de última voluntad". Lo más importante de esta decisión es que con ella se define a la captación, incluyéndola en un concepto amplio de dolo sin hacer referencia al engaño y aceptando su condición de vicio. La S. de 26 de mayo de 1969 añade --

que "la eficacia de un testamento no puede subordinarse a los afectos familiares, oasi siempre efímeros, que como sentimientos íntimos escapan a la investigación del juzgador". Es decir, viene a aclarar el T. S. que la captación ha - de distinguirse de los cambios de ánimo y afectos del causante, aun determinados acaso por maniobras no claramente insidiosas de parientes y amigos.

(12) No obstante la sentencia de 22 de febrero de 1934 para salvar esta -- aparente dificultad, y teniendo en cuenta el empleo del término amenaza en el art. 756 hace una gradación en opinión de LACRUZ "inexacta y a la vez poco matizada" entre la violencia, la intimidación que es causa de nulidad del testamento, y la más leve según la sentencia que da lugar a la indignidad para suceder".

(13) Sistema, IV, pág. 529-530.

(14) Pág. 469.

(15) Pág. 497.

(16) Pág. 217.

(17) V, 2, pág. 168.

(18) VALLET DE GOYTISOLO, sobre la base de los precedentes históricos del art. 814; de la posibilidad de que el preterido confirme las disposiciones testamentarias y de *ser exclusiva de este la legitimación para impugnar*, deduce - que la acción de preterición es rescisoria, prescribiendo en cuatro años. Acaso las categorías de nulidad y anulabilidad no admiten una traducción exacta - desde los contratos al testamento, y en particular, cuando, como en este caso, se trata de una causa distinta por igual del error y de los otros eventos que determinan la impugnabilidad; así como de la lesión y cuantos dan lugar a la - rescisión. Por lo que se refiere a la legitimación para ejercitar la acción de preterición, es evidente que puede proponerla el legitimario omitido, reclamando que, comprobado su derecho a la legítima, se reduzca la institución de heredero o los legados, etc. El contador partidario no podrá apreciar, salvo acuerdo de los herederos, la existencia de preterición.

129

VII

LA INFRACCION.

S U M A R I O

VII. LA INFRACCION.

1. INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA.

A. MODELOS.

B. DIFICULTADES PRACTICAS.

C. INTERPRETACION RESTRICTIVA.

D. CONSECUENCIAS.

2. EL PRESUPUESTO DE LA VALIDEZ.

3. CONCEPTO SUBJETIVO DE LA INFRACCIÓN DE LA CLÁUSULA.

4. CONCEPTO OBJETIVO.

A. EXTERIORIDAD Y PERSONALIDAD.

B. MANIFESTACIONES DE DESCONTENTO.

C. PREPARATIVOS DE IMPUGNACION. IMPUGNACION EXTRAJUDICIAL.

D. ACCION Y EXCEPCION.

5. LAS CAUSAS DEL LITIGIO.

141

6. INFLUENCIA DE LA ESTIMACION DE LA DEMANDA Y DE LA BUE-

NA FE.

A. ALEMANIA.

B. BELGICA.

C. ESPAÑA.

VII

LA INFRACCION.

1. INTERPRETACION DE LA CLAUSULA.

Señala la doctrina alemana que estas cláusulas raramente son formuladas de una manera clara y nítida, de modo que no se deduce fácilmente de ellas qué actuaciones de los herederos o demás favorecidos del causante quedan prohibidas por el testador. Y muchas veces, sobre todo, en la prohibición de intervención judicial, no establecen las cláusulas de caducidad qué consecuencias jurídicas deben producirse cuando se infrinja la última voluntad del causante; o quién debe entrar en el lugar del favorecido que desaparece, etc.

A. MODELOS. En el Derecho alemán, la cláusula más utilizada es la siguiente: "Quien impugne mi testamento debe atenerse sólo a la legítima". En lugar de "impugnar" se utilizan también como sinónimos: contradecir, no estar de acuerdo, no reconocer, afirmar la invalidez, atacar, ir en contra, etc.

En lugar de la frase "debe recibir sólo la legítima", se en - encuentran también otras redacciones, como "tiene que entregar la herencia a tal otra persona", "no debe heredar nada", "su heren - cia acrecerá a los restantes coherederos", "debe quedar excluido de la herencia", etc.

En la jurisprudencia española encontramos reseñadas entre muchas otras las siguientes cláusulas:

"En el caso de que alguno reclamase judicialmente oponiéndose al testamento, se entenderá que renuncia a la herencia y quedará privado de todo cuanto se le dejaba en el mismo" Sentencia 21 de marzo de 1902).

"Prohíbo que mis herederos susciten contienda ni reclamación alguna judicial, resolviendo amigablemente entre ellos cuantas di - ficultades surgieren en la testamentaría, o encomendándolas a los testamentarios, pues si por cualesquiera causas promoviesen cualquier especie de juicio que dijere relación con la herencia, el -- que tal hiciese perdería la parte que le correspondiese, acrecien - do en los demás que se conformen" (Sentencia 17 de febrero de 1907).

"Si cualquiera de las personas interesadas en este testamento formulare reclamación judicial contra lo dispuesto en el mismo, - se le tendrá *ipso facto*, sin derecho alguno a todo lo que resultare a su favor en virtud de la precedente disposición testamentaria" (Sentencia de 2 de diciembre de 1929).

"Perdiendo el heredero que no pase por ello su parte en la herencia, con prohibición de que intervenga en ella la justicia" -- (Sentencia de 29 de enero de 1955).

B. DIFICULTADES PRACTICAS. Esos conceptos que se utilizan para amenazar con una sanción la conducta del heredero, no siempre describen un ámbito suficientemente determinado de actos prohibidos, y pueden ser interpretados más amplia o más estrictamente. Por lo tanto, y a causa de su equivocidad, su tenor literal sólo puede desempeñar un papel muy subordinado. Los términos en que es redactada - la cláusula frecuentemente no dan un criterio utilizable para su - interpretación, sobre todo cuando las disposiciones de última voluntad son redactadas por legos en Derecho, quienes no suelen especificar qué clase de contradicción a su última voluntad están prohibiendo o quieren prohibir y por consiguiente, tampoco designan actuaciones determinadas. Estos testadores es de pensar que mediante la cláusula de caducidad desean establecer para su última voluntad una protección lo más amplia posible.

Pero también cuando un cláusula se incluye en una disposición testamentaria por consejo de un jurista, raramente puede ser su te

nor literal decisivo para la averiguación de su sentido, ya que - muchas veces los juristas toman las cláusulas de caducidad de un formulario.

No aclara demasiado el decir que esto es una cuestión de in - interpretación del caso particular. Mediante esa referencia al caso concreto nada ganan la claridad y la seguridad jurídica, pues nadie puede prever con una cierta seguridad cómo juzgarán los tribunales una infracción contra su voluntad última.

En definitiva, la interpretación de las cláusulas suele ser - difícil cuando los presupuestos para la producción de la sanción se expresan con conceptos tan indeterminados como "no estar de -- acuerdo", "impugnar", etc., ya que entonces no queda claro si cualquier muestra de disconformidad es suficiente para desencadenar la cláusula, o sólo una oposición sería al testamento, o bien exclusivamente las actuaciones judiciales. De ahí que nos hayamos detenido a esclarecer este punto, ya que la falta de nitidez existente en la materia ha dado lugar a no pocos pleitos en la jurisprudencia española y extranjera.

También en cuanto a la aplicación de la norma, la interpretación de estas cláusulas testamentarias presenta una serie adicional de dificultades. Para empezar, la remisión a las reglas generales de interpretación en relación con la cláusula de caducidad nos lleva a resultados extraordinariamente inseguros y discuti -- bles.

El testamento es una declaración de voluntad unilateral, no recepticia, de cuya existencia y contenido sólo después de la muerte del causante tiene noticia el favorecido. El material de interpretación (los datos), que en las declaraciones recepticias "inter vivos" se halla todavía disponible y presente, regularmente falta en las disposiciones de última voluntad, que proceden de un proceso de formación de la voluntad puramente interno. En base a todo esto, ¿cómo es posible que en cada caso concreto sobre la base de una disposición según la cual *quien no reconozca el testamento queda excluido de toda atribución*, se llegue a tener una base firme para discernir qué actuaciones y exteriorizaciones del favorecido, según la voluntad del causante, deben tener como consecuencia la sanción de la caducidad. Por eso, mientras en algún caso la jurisprudencia alemana aceptó que la cláusula de caducidad quede sin efecto porque el heredero ha impugnado la determinación testamentaria discutida y ha tenido éxito en la declaración de su nulidad, en otros casos la cláusula de caducidad no produjo su efecto sancionador porque el heredero, con los trámites judiciales por él emprendidos de buena fe, no había conseguido impedir la efectividad de la última voluntad del causante, entendiendo el tribunal - que sólo en el caso de que hubiera tenido éxito en la declaración de la nulidad de la disposición testamentaria impugnada (distinta de la propia cláusula) sería de aplicar la sanción de la pérdida de beneficios.

C. INTERPRETACION RESTRICTIVA. Para la interpretación de las cláusulas prohibitorias se debe tener muy en cuenta la motivación e intencionalidad de las mismas y, por consiguiente, que el cau - sante mediante ellas trata de asegurar la efectividad de su últi - ma voluntad, pero también de persuadir a los herederos de que evi - ten las disputas respecto de su herencia y las arreglen pacífica - mente. En principio, por consiguiente, ha de entenderse que el -- causante, con la cláusula de caducidad, sólo ha querido evitar o impedir estas disputas e impugnaciones (1).

Ahora bien: esos motivos del causante no evitan que la cláu - la tenga un carácter sancionatorio y, por consiguiente, estas cláu - sulas deben ser por su misma esencia objeto de interpretación res - trictiva. Hace falta ante todo buscar su espíritu, el alcance exac - to de las mismas no obstante los términos empleados y en conse -- cuencia, no extenderlo más allá del fin que persiguen. En todo ca - so se habrá de respetar la voluntad del testador.

En favor de una interpretación estricta de la cláusula de cadu - cudad se aduce además que el causante la ha puesto para evitar lu - chas y discusiones entre sus herederos, de manera que si bastase - una simple crítica o simples manifestaciones de descontento para - determinar la sanción, la cláusula sería una fuente de ulteriores - luchas, ya que entonces los herederos potenciales desfavorecidos - tratarían de demostrar la existencia de causas de las que en una - interpretación amplia determinarían la aplicación de la penalidad.

En nuestra jurisprudencia podemos citar como un fallo que -- acepta la interpretación restrictiva la sentencia de 21 de marzo de 1902 que en su primer considerando establece que "la sanción penal en que incurrirían los herederos sustitutos o sucesores, -- por no respetar lo ordenado en el mismo, estableció de modo preciso que dicha sanción sería aplicable cuando aquellos reclamasen -- judicialmente oponiéndose al testamento, y habiéndose limitado -- los demandantes a exigir el cumplimiento de las disposiciones testamentarias según la interpretación y acuerdo de los albaceas ejecutores de la voluntad de la testadora, y al exigir la aplicación de la penalidad al demandado por creerle incurso en ella con arreglo al testamento, es obvio que no se opusieron a éste, cuyas disposiciones de ninguna manera impugnaron, ni consiguientemente incurrieron en la penalidad establecida, y al entenderlo así la sala sentenciadora, ha interpretado rectamente la cláusula mentada, sin cometer las infracciones que se suponen en el primer motivo del recurso"(2).

D. CONSECUENCIAS. Por consiguiente, no se puede hacer jugar -- automáticamente la cláusula de caducidad por el solo hecho de que exista una impugnación proveniente de aquellos contra quienes la cláusula va dirigida. Sobre todo, cuando se duda de cuál es la -- verdadera voluntad del testador, aquellas impugnaciones que en último término sirven para fijar la voluntad que todavía no estaba clara, no se pueden considerar como ataques a ella. Al contrario: como ataque o impugnación del testamento sólo se puede considerar una conducta que se separa de la voluntad ya determinada y cierta

del causante; hasta entonces, no cabe hablar de ataques a esa voluntad. A la averiguación de la verdadera voluntad pertenece también la interpretación de la disposición, de modo que un litigio acerca de cómo debe interpretarse no debe dar lugar a la aplicación de la sanción de caducidad de los beneficios sucesorios.

Tampoco puede jugar automáticamente la cláusula -dicen los autores alemanes- en aquellos casos en que ésta ha sido establecida en términos muy generales, referida a cualquier impugnación del testamento, si aparece claramente que la voluntad del testador no fue la de dar un carácter tan absoluto a esta fórmula.

Desde luego, prosiguen los autores, podría decirse que esta restricción es sumamente delicada, porque ¿no es ya contradecir en algún modo la voluntad del testador el hecho de distinguir donde él no ha distinguido? ¿No supone esto reformar la voluntad del testador más que interpretarla? A lo cual responden, en principio, que no. La interpretación, en esta hipótesis, supone respetar la voluntad del testador, y no violarla. Siempre cabe una interpretación que excluya el juego demasiado rígido de la cláusula, ya que la interpretación ha de constituir un dique contra la aplicación excesiva de estas modalidades, cosa que a todas luces parece perfectamente justificada.

2. EL PRESUPUESTO DE LA VALIDEZ.

Para que pueda haber infracción de la cláusula prohibitoria, ésta ha de haber sido ordenada válidamente. O sea, que una cláusula nula no podría fundar la aplicación de sanciones establecidas en ella. La cláusula puede ser nula porque lo es el testamento que la contiene o porque ella misma es inválida por su contenido o adolece de algún vicio de voluntad del testador, éste no era capaz - de testar, etc.

Hay aquí un "principio de legalidad". El causante no puede -- tratar de dar validez a disposiciones de última voluntad ineficaces, amenazando a los herederos legales o a los instituidos en el testamento con desventajas jurídicas para el caso de que hagan valer la ineficacia; ni está permitido que una atribución de última voluntad, o la consevación del derecho hereditario de un heredero legal, se haga depender de que se omita la clarificación de la -- cuestión de la ineficacia del testamento o de sus particulares -- disposiciones. La cuestión de si el testamento, y con él también la cláusula de caducidad, son ineficaces, en muchos casos sólo -- puede ser aclarada mediante un proceso judicial.

3. CONCEPTO SUBJETIVO DE LA INFRACCION

DE LA CLAUSULA PROHIBITORIA.

Como ya se vió al tratar del fundamento de la cláusula, el testador, en virtud del principio de autonomía de la voluntad que caracteriza a la sucesión testamentaria, dispone de sus bienes como quiere y bajo las modalidades que él mismo precisa. Entre estas modalidades, la cláusula prohibitoria o de caducidad prohíbe determinadas actividades contra lo ordenado en el testamento y en muchos casos ordena una sanción para el que infrinja la prohibición.

Cuando el causante incluye una cláusula privatoria ordenando que la atribución no tenga lugar o se pierda en el caso de que el heredero contradiga la última voluntad del causante, puede querer poner paz entre sus sucesores pero sin eliminar las demandas dirigidas a mantener la legitimidad y el sentido del testamento. Pero también puede estar en la voluntad del causante que cualquier intento serio de poner en duda la validez del testamento y actuar contra sus determinaciones *sin consideración a su éxito*, constituya un fundamento para la pérdida anunciada en la cláusula; ya que bien podría haber sido la voluntad del causante, mediante la amenaza de la pena, no simplemente el asegurar la existencia y persistencia de la última voluntad, sino, ulteriormente, evitar cualesquiera litigios entre sus herederos. Lo que discutimos es si está pro

hibido, con esta finalidad, poner bajo la amenaza de una pena las actuaciones de los partícipes en la herencia que sean apropiadas para turbar la paz entre ellos, sin consideración a sus efectos jurídicos, y aunque se mantengan dentro de la ley y las buenas costumbres. Se nos vuelven a plantear, así, los problemas de validez e interpretación, que deberán ser resueltos según los principios expuestos en el epígrafe 1 anterior (3) y en el capítulo IV.

4. CONCEPTO OBJETIVO DE LA IMPUGNACION.

A. EXTERIORIDAD Y PERSONALIDAD. Como ataque o impugnación al testamento sólo puede ser considerada en la práctica una conducta que se aparte de la voluntad exteriorizada del causante. En tanto que la voluntad de éste no se ha manifestado, no se puede hablar de ataque a esa voluntad.

Por lo tanto, como ataque de un favorecido sólo puede considerarse la contradicción consciente con la última voluntad. Sobre esta base, no pueden considerarse como tales actuaciones las que se dirigen contra una disposición a causa de muerte por un apoderado del favorecido que desconoce éste (3 bis).

Para que se cumpla el supuesto de la cláusula prohibitoria es preciso un actuar contra el testamento con conocimiento de la pro

hibición. Por consiguiente, un ataque que se verifique antes de la apertura de la sucesión, o incluso del testamento, no puede acarrear la sanción pues sólo incurren en ella, salvo que otra cosa manifieste el testamento, los infractores dolosos, si bien la infracción puede producirse cuando es suficientemente conocida la voluntad manifestada en testamento antes de la apertura de éste.

B. MANIFESTACIONES DE DESCONTENTO. Una vez abierta la sucesión entiende COING que hemos de considerar como hechos adecuados para acarrear la caducidad las simples opiniones, las manifestaciones de descontento o aquellas manifestaciones de voluntad que, si bien ciertamente se dirigen contra la disposición a causa de muerte, carecen de cualquier consecuencia jurídica (4).

Así resultará de la interpretación de la voluntad del causante manifestada en estas cláusulas prohibitorias, conforme a los intereses contenidos en ellas, ya que con tales cláusulas pretende el causante vincular al favorecido a ajustarse a la voluntad exteriorizada en su disposición. Por lo que la voluntad del causante sólo resulta atacada o impugnada cuando el favorecido, o intenta eliminar la disposición entera, o particulares extremos de la misma.

Si bastase con una simple crítica o manifestaciones de descontento para determinar la caducidad, ello daría lugar a que la cláusula fuera una fuente de ulteriores luchas; ya que entonces los potenciales herederos desfavorecidos siempre estarían tratan-

do de encontrar en los favorecidos y gravados con la cláusula tales manifestaciones de descontento.

En definitiva: para incurrir en las sanciones previstas por la cláusula prohibitoria, la impugnación ha de ser eficaz y definitiva. De manera que simples manifestaciones de duda sobre la validez jurídica de las cargas impuestas tendrían tan poco valor como el hecho de manifestarse descontento con el contenido de la disposición. Tampoco valdría como impugnación la declaración de que posiblemente después, y por causa del perjuicio de la legítima, se tiene la intención de accionar.

C. PREPARATIVOS DE IMPUGNACION. IMPUGNACION EXTRAJUDICIAL. En cambio, la petición de beneficio de pobreza para impugnar judicialmente el testamento debe determinar la producción del resultado sancionatorio, porque supone una movilización efectiva de la otra parte, que desde que es notificada tiene la posibilidad de intervenir ya en el procedimiento de concesión del beneficio, y por tanto tendrá que nombrar procurador, comparecer en el procedimiento si quiere impedir que el beneficio se conceda, y gastar dinero y sufrir las inquietudes del pleito y las alteraciones de la paz familiar (5).

Los autores alemanes, en su sistema jurídico, dicen que también puede tener eficacia a estos efectos sancionatorios una declaración privada de impugnación cuando represente un ataque serio al testamento.

D. ACCION Y EXCEPCION. Por lo tanto, entiende COING que solamente serían ataques jurídicamente relevantes a los efectos de la cláusula de caducidad, aquellos que se dirigen o "contra la existencia de la disposición de última voluntad" o "contra el contenido de dicha disposición", mediante una actuación actual impugnadora, como será, sobre todo, el ejercicio judicial de una acción mediante presentación de demanda.

En el primero de estos supuestos, la impugnación de la total disposición a causa de muerte o de determinaciones particulares contenidas en ella es una de las medidas que pueden ser más contrarias a la realización de la voluntad del causante, puesto que llevaría a anular la total disposición, o partes esenciales de ella. Y es sobre esta base por lo que el causante tiene interés en evitar cualquier impugnación. Si bien, de otra parte, existen también intereses de aquéllas personas perjudicadas por las disposiciones impugnables.

Es indiferente si la impugnación del testamento tiene lugar en la demanda o en la reconvención, y según la jurisprudencia alemana, lo cual es aplicable también al Derecho español, el ataque al testamento puede plantearse defendiéndose mediante excepción de la acción que reclama su validez o ejecución (6).

Los autores alemanes consideran dudoso que tenga lugar la sanción de pérdida de los beneficios sucesorios cuando el legitimario ha demandado fundándose en la ineficacia del testamento, por exceso de gravamen de la legítima, pero ha desistido de su demanda.

"Cuando esto tiene lugar, ha de considerarse, con arreglo a la - ley procesal alemana -artículo 271- como si la demanda no hubiera sido presentada, si bien no cabe considerarla como una regla definitiva para este caso pues se trata de una prescripción puramente procesal. Por lo demás, tampoco faltan entre las prescripciones - del Derecho civil las que atribuyen a la retirada de la demanda - efecto retroactivo, porque deja de interrumpir la prescripción. Si bien en nuestro caso hay importantes consideraciones contra la eficacia de la retirada de la demanda; pues si se permitiera ésta, resultaría para el legitimario un medio cómodo de aplazar la decisión sobre la entrada en vigor de la cláusula sociniana".

Para el Derecho español, se deben aplicar las sanciones por - los motivos expuestos o sea, porque se perturba la paz familiar - que el testador quería conservar.

Por este mismo motivo se considerará que incurre en la cláusula prohibitoria y queda sometido a su penalidad el heredero o legatario que ponga acto de conciliación relativo a la impugnación del testamento.

5. LAS CAUSAS DEL LITIGIO.

Anteriormente se ha expuesto la doctrina de las causas de impugnación del testamento.

En la doctrina alemana es corriente la opinión de que, según la interpretación correcta de la voluntad de los testadores expresada en las cláusulas de caducidad, en los casos de impugnabilidad por error, dolo, intimidación y demás vicios de la voluntad, la impugnación que se dirige a poner de manifiesto la verdadera voluntad del causante no cae bajo la cláusula en cuestión, y ello aún cuando el causante, también para este caso, y con el fin de evitar cualquier lucha entre los herederos, hubiera amenazado con la caducidad. La acción de nulidad del testamento se basa entonces en la desconsideración del negocio impugnado por el ordenamiento jurídico, porque la formación de la voluntad no se ha verificado de un modo libre de objeciones y, consecuentemente, va -- contra el ordenamiento jurídico amenazar con la imposición de la pena de la caducidad para tratar de forzar a que no se ponga en obra la acción de impugnación. De otra manera ocurriría cuando la discusión acerca de la efectividad de la voluntad testamentaria, es ligera, frívola, o se apoya en fundamentos deleznales.

También entre los civilistas alemanes se discutió si la caducidad afecta también, según la cláusula, al caso de que algún heredero o legatario quiera hacer valer la falta de forma del testamento. Algún autor -por ejemplo, LEONHARD (13)- lo negó, sin razón. Ya que, como expresó la doctrina opuesta, el causante quería que el documento tal y como él lo ha redactado, en la forma elegida por él mismo, pudiera tener validez; de modo que al tratar el heredero o legatario ante los tribunales de impedir la producción de esa voluntad del causante, no quiere -como ocurre en los

casos de error sobrevenido del causante- poner de relieve su verdadera voluntad, sino eliminar la voluntad declarada.

En el Derecho español, la solución del problema está en el -- tantas veces citado artículo 675 párrafo 2. "El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley". Por consiguiente, no puede consignar en las disposiciones testamentarias la prohibición de impugnar -- por vicios de la voluntad como dolo, error, violencia o intimidación, o por falta de capacidad de testamento o por falta de forma. La impugnación no puede sancionarse con la pena de privación de -- la herencia o el legado aunque quiera el testador. Da lo mismo si se pide la nulidad de una cláusula o de varias o si se pide la nulidad de todo el testamento y desde luego da lo mismo que sea -- nulidad absoluta por falta de forma como anulabilidad por error, etc., pues el Código civil emplea la palabra *nulidad* en todos es -- tos sentidos aplicada a los testamentos y a sus disposiciones, o sea que lo mismo dice en el artículo 673 que "será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude", como dice en el artículo 687 que "será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no -- se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo".

Ahora bien: hay casos de acudir el heredero o legatario a los tribunales presentado demanda sobre cuestiones de la herencia pero sin pedir la nulidad del testamento, y también puede suceder -- que la cláusula no sea prohibitoria de impugnar el testamento, si -- no de toda intervención judicial, como ya hemos visto.

Ahora vamos a ver lo primero, o sea, la influencia de la cláusula que prohíbe la acción de nulidad, y a las cláusulas prohibitivas de intervención judicial las estudiaremos en la segunda parte.

Desde luego no es petición de nulidad y no cae bajo la cláusula prohibitiva de impugnación judicial la reclamación de la ejecución de las disposiciones testamentarias que un heredero se niega a ejecutar, y lo mismo contra los albaceas. En este mismo capítulo, citamos la sentencia de 21 de marzo de 1902, que dice que quienes piden la ejecución de las disposiciones testamentarias no se oponen al testamento y no incurrir en la penalidad establecida en la cláusula prohibitiva para los que pidan la nulidad. Y al exponer la prohibición de intervención judicial veremos otras muchas sentencias que establecen la misma doctrina.

En esta línea, tampoco es impugnación prohibida por la cláusula la pedir al legatario la entrega o efectucción del legado, como - puede verse, entre otras, y con referencia a la cláusula prohibitiva de intervención judicial, en la sentencia de 1 de junio de 1946, citada en el lugar destinado a esta materia.

Menos aún constituye reclamación jurídicamente relevante a los efectos de la prohibición de impugnar la anotación preventiva de un legado en el Registro de la propiedad. Desde luego, es posible que dicha solicitud constituya infracción de la prohibición testamentaria de que sea intervenida judicialmente la distribución de los bienes de la testamentaría del causante, que es precisamente

lo que éste puede prohibir en ejercicio de su derecho y voluntad soberana. Así lo entendió por lo menos el T. S. en sentencia de 2 de diciembre de 1929 al resolver que un legatario, tanto al tomar esta medida como promoviendo el juicio voluntario de testamento contra la expresa voluntad del causante, caería bajo la sanción de quedar privado de los legados con que el testador le había beneficiado. Pero la prohibición de impugnar el testamento es mucho más reducida y se debe interpretar, como hemos dicho, restrictivamente, y en ella no entran estos actos de intervención registral o judicial pero dirigidos al cumplimiento y efectución de la voluntad del testador.

Tampoco supone impugnación del testamento la reclamación del heredero o legatario dirigida contra la herencia yacente por otros fundamentos distintos de la nulidad de las disposiciones testamentarias. Hay un caso fallado en Alemania, en 1914, que se expone en la nota 4 de este capítulo, en el cual la sentencia del Tribunal territorial estableció que el legatario debía perder el legado -- por haberse dirigido judicialmente contra la herencia cuando los testadores habían inserto en su testamento mancomunado una cláusula prohibitoria, pero es que esa cláusula era prohibiendo la intervención judicial, y no sólo la impugnación, y además fue criticada por la doctrina. En general, el que es acreedor de la herencia o tiene una acción de propiedad o de servidumbre o hipoteca -- contra el testador puede interponerla sin que eso sea intervención judicial. Aunque también en España se haya fallado por el -- Tribunal Supremo en contra de esta doctrina en la citada sentencia --

cia de 2 de diciembre de 1929.

En esta cuestión de cuándo hay que entender que el gravado -- con la cláusula ha impugnado las disposiciones testamentarias, -- puede suceder que, sin impugnar directamente el testamento, de hecho sea moroso, tardío o negligente en el cumplimiento de las cargas que se le han impuesto en el mismo. Como señala OERTMANN (7), esto no es suficiente para que la penalidad se aplique, y además puede tener lugar por diversos motivos. Así, por ejemplo, olvido, falta de medios para pagar, presencia de impugnaciones ajenas, lo que es absolutamente compatible con el reconocimiento de la última voluntad en sí. Añadiendo dicho autor que tampoco desencadenan las sanciones el hecho de que el legitimario, al encontrarse le -- sionado por el cumplimiento de los legados que se le han impuesto, haga uso de la "excepción de propia legítima"; ni la omisión de -- las prestaciones debidas por él, sino que sólo la acción judicial (8) podrá ser considerada como impugnación de la última voluntad.

6. INFLUENCIA DE LA ESTIMACION DE LA DEMANDA Y DE LA BUENA FE.

A. ALEMANIA. En la doctrina alemana hay mucha confusión sobre cuándo se han de aplicar las penas de privación de derechos sucesorios al que impugne el testamento, o sea, unos dicen, como parece lógico que cuando el demandante pierde el pleito, pierde los derechos sucesorios, y cuando consigue la nulidad, la cláusula --

pierde su eficacia aunque no se anule la propia cláusula prohibitoria (9), pero otros piensan que la pérdida de derechos se ocasiona también cuando lo gana, o bien en todos los casos(10).

O sea que, según unos, ganando el pleito el heredero demandante, no funcionará la cláusula de caducidad, cuando las medidas tomadas contra el testamento sirvan para hacer valer la verdadera voluntad del causante, por ejemplo, si se discutió la legitimidad del testamento o se impugnó éste por vicios de la voluntad. Pero, según dicen otros, también puede estar en la voluntad del causante que cualquier intento serio de poner en duda la validez del testamento y actuar contra sus determinaciones constituya causa de la pérdida anunciada en la cláusula; pues bien podría haber sido el designio del causante, mediante la amenaza de la pena, no simplemente asegurar la existencia y persistencia de su última voluntad, sino ulteriormente evitar cualesquiera litigios entre sus herederos, sin que le esté prohibido, con esta finalidad, poner bajo la amenaza de una pena cuantas actuaciones de los partícipes en la herencia sean adecuadas para turbar la paz entre ellos, sin consideración a sus efectos jurídicos, y sólo presupuesto que la prohibición se mantenga dentro de la ley y las buenas costumbres.

Desde luego, lo que nunca ha sostenido la doctrina es que la cláusula prohibitoria pueda surtir el efecto de privar de la herencia o cualquier otro cuando es ella misma la que se anula.

En la doctrina alemana se plantea el problema de determinar si aquel que con buenos fundamentos y de buena fe hace valer la ineficacia, y tras la comprobación judicial de la totalidad del

supuesto de hecho es *rechazada su demanda*, debe perder su derecho de heredero testamentario o legal por aplicación de la cláusula de caducidad.

O sea, la impugnación no tiene éxito pero se declara que el testamento "ha sido impugnado de buena fe y por motivos serios y justos"; que los móviles que inspiraban la impugnación eran legítimos, y podían por lo tanto desempeñar "un papel justificativo".

¿Se incurriría, sin embargo, en este caso en la sanción prevista por el testador?

Hemos de precisar, en primer lugar, que la expresión "motivos serios" es sustancialmente vaga, y susceptible de toda clase de interpretaciones. E incluso algunas de ellas contravienen abiertamente la propia cláusula de caducidad.

Para unos toda cláusula de caducidad, o es ilícita y permite siempre por lo tanto su impugnación, o es lícita y entonces debe ser rigurosamente respetada. Por lo tanto, los motivos serios o legítimos, inspirados en la buena fe y en consecuencia subjetivos, no podrían hacerse valer contra ella. Pero la mayoría opina que no se pueden impedir con la cláusula ni castigar con la pena prevista en ella, ni las demandas de interpretación de la propia cláusula -siempre que se trate realmente de una interpretación ni tampoco aquellos casos en que eventualmente la impugnación no tiende realmente a contradecir la voluntad del causante, sino a averiguar si existió tal voluntad, o si estaba viciada, etc.

B. BELGICA. Para DEKKERS(11) y DE PAGE(12), si el sucesor estima que la cláusula de caducidad es, en el caso, ilícita, y consiguientemente realiza la impugnación, que se desestima por declararla el juez infundada, en estos casos la cláusula mantenida por el tribunal produce su efecto, y el heredero incurre en la "desheredación" o pérdida de lo asignado a él en el testamento. En --- otras palabras, éste soporta el riesgo de la demanda o impugnación.

Si la cláusula es ilícita, mal se concibe, en efecto, que la desheredación pueda tener lugar, pero si la impugnación se considera infundada, por este mismo hecho queda claro que la cláusula no era ilícita y, por consiguiente, debería producir sus efectos. Es en este sentido en el que se dice que el demandante corre con los riesgos de la impugnación.

Estos tan serios riesgos existen sobre todo en aquellos casos en que el testador ha establecido la cláusula en términos muy generales y englobantes de toda impugnación. Impugnar en estas condiciones la cláusula de caducidad por motivos de ilicitud, sin estar totalmente seguros de la causa invocada, vendría a suponer jugarse el todo por el todo.

C. ESPAÑA. En el Código civil el artículo fundamental de esta tesis, el 675 párrafo 2º, establece una regla que no figura en -- los Códigos europeos modernos, o sea que el testador no puede prohibir la impugnación del testamento nulo, de donde se deduce que la acción o demanda de nulidad no puede ser rechazada previamente

por los tribunales. Un juez no puede negarse a examinar la demanda (entrar en el fondo de ella) que pide la nulidad del testamento aunque el testador haya insertado en él la cláusula que prohiba la impugnación de cualquier clase, y esto aunque lo que se impugne no sea la cláusula prohibitoria. Por ejemplo, el heredero impugna un importante legado por haberlo realizado el testador -- por dolo del legatario que le engañó para que perjudicase a los otros herederos. Aunque en el mismo testamento se prohíba cualquier acción de nulidad, el heredero puede emprender el proceso de nulidad por dolo.

Es más, si la sentencia declara la nulidad del legado, el heredero demandante no sufre ninguna pérdida de sus derechos a la herencia que habrá aumentado con los bienes del legado nulo. O sea: el artículo 675, párrafo 2º, no sólo permite la nulidad del testamento, sino que quiere decir que el testador no le podrá poner al heredero o a cualquier otro legitimado trabas o impedimentos o sanciones para impedir que pida la nulidad del testamento nulo o desanimarle para hacerlo, porque el poner sanciones es también semejante a prohibir y entra dentro del espíritu del artículo 675.

Por consiguiente, aunque el testador quisiera que el que im - pugna victoriosamente el testamento sea sancionado, esto no po -- dría suceder en el Derecho español, porque aunque la cláusula pro - hibitoria fuera válida en cuanto a su forma y en cuanto a obede - cer a la verdadera voluntad del causante, sería ilegal por contra - venir el artículo 675, párrafo 2º, y por consiguiente sería nula.

con nulidad absoluta y sin poder producir ningún efecto.

Pero ahora bien: si la cláusula que es válida no sirve para -
evitar que se impugne el testamento por cualquier causa de nuli -
dad, ¿es válido imponer la pena de privación de beneficios a ---
quien realice la impugnación sin éxito?

El Código civil dice que no se puede prohibir la impugnación
cuando "haya nulidad declarada por la ley", y si el demandante --
pierde el pleito no hay nulidad sino que se declara la validez --
del testamento o por lo menos se rechaza la acción de nulidad.

El artículo 675 no indica que cualquiera pueda pedir la nuli-
dad del testamento por las causas que señala el Código, sin que -
se le puedan poner sanciones, y desde luego el que pierde el pleit
to incurre en la cláusula prohibitoria y en las sanciones de pér-
dida de derechos.

Pero la cláusula prohibitoria puede ser interpretada por los
tribunales, y puede ocurrir que el tribunal interprete que el tes-
tador no había querido imponer las sanciones de pérdida de benefi-
cios sucesorios a quien impugna el testamento con buena fe, o sea
buscando entonces la verdadera voluntad del causante para que ten-
ga efectividad.

El mismo problema aparece en la prohibición de intervención -
judicial, pero entonces la aplicabilidad de las sanciones es más
intensa, porque lo que quiso el testador es que no intervengan --
los tribunales en su herencia, ni impugnando el testamento un su-

- 167 -

cesor ni de otro modo cualquiera, por lo que entrarán también en la prohibición los litigios sobre la interpretación del testamento, que no son acciones de nulidad.

NOTAS

(1) En la doctrina alemana diversos autores dicen que la cláusula no debe interpretarse solo según su sentido literal. El juez -dicen- ha de tener en cuenta que la última voluntad la ha redactado acaso un lego en Derecho; que en la redacción no ha pensado en el sentido técnico de la palabra *impugnar*, sino, en general, en cualquier ataque, cualquier actividad que se ponga en contradicción con su voluntad, ya que es esto lo que quería impedir. De donde para antigua jurisprudencia la cláusula se aplica, no estrictamente a la impugnación -- formal del testamento, sino a cada afirmación de falta de acuerdo con él; a cada actuación mediante la cual se deja aparecer al exterior el descontento. Algunas sentencias han sostenido que la cláusula de caducidad puede ser interpretada en un sentido amplio, de modo que en ciertas circunstancias incluso la simple afirmación de la ineficacia de la disposición de última voluntad acarrea la pérdida de lo atribuido a causa de muerte. Véase, en este mismo capítulo, -- más adelante.

(2) Los hechos fueron los siguientes:

don L.J.B. y su mujer doña D. J.J. habían otorgado testamento de herman-dad y después de fallecido el primero, formalizó su mujer el testamento bajo -- el que falleció pocos días después, y en virtud de lo consignado en aquella -- disposición mancomunada, dejó los bienes suyos y de su marido a los hijos de -- ambos, y a una nieta hija de otro hijo muerto antes de la testadora, ordenando que cada uno de los herederos sustitutos o sucesores quedaban obligados a res-petar y pasar por todo lo establecido por ella en todas y cada una de las cláusulas del testamento y que en el caso de que alguno no lo hiciera y reclamase judicialmente, se entendería que renunciaba a la herencia y quedaría privado -- de todo cuanto se le dejaba en el mismo, acreciendo su parte a la de los que -- respetasen lo dispuesto por la testadora.

La testadora nombró albaceas testamentarios, a quienes facultó para que -- hicieran inventario, tasación de bienes, cuenta y partición, división y adjudicación de los mismos entre sus herederos y legatarios, extrajudicialmente, ya

que al efecto había prohibido expresamente toda intervención judicial; facultándoles asimismo para resolver todas las dudas y cuestiones que se suscitaren sobre la inteligencia e interpretación de su testamento o de algunas de sus cláusulas.

Dos años y medio aproximadamente después los albaceas notificaron a los interesados en la herencia que hicieran por escrito cuantas reclamaciones creyesen convenientes a sus derechos, procediendo posteriormente dichos albaceas a la partición y adjudicación de los bienes de la herencia.

Poco tiempo después uno de los hijos de doña D.J. y la nieta -heredera de ésta- dedujeron ante el juzgado de primera instancia de T. demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra el otro hijo y heredero con la súplica de que se declarase que unas acciones del Banco de España, que en virtud de la adjudicación hecha por los albaceas aparecían a nombre del demandado, pertenecían a los demandantes, y que por consiguiente se hiciese la oportuna transferencia de las referidas acciones, condenando al demandado a entregar los dividendos que por tales acciones hubiera percibido desde su adjudicación a los demandantes, y a la pérdida de los bienes que por virtud del testamento de su madre le fueron adjudicados, por haber incurrido en la cláusula penal establecida en dicha disposición, dada la resistencia del demandado a entregar las acciones pertenecientes a los actores, y que a estos correspondían en base a la adjudicación de los bienes hecha por los albaceas. Y además, alegaban los actores que por haber cobrado el demandado los dividendos de las precitadas acciones desde su adjudicación definitiva por los albaceas se había faltado por él a la obligación impuesta por su madre de respetar cuanto ella dejó establecido, y resistiéndose verdaderamente dicho demandado con sus actos al testamento de la causante, hacía precisa la intervención, a él solo imputable, de los tribunales.

El demandado contestó a la demanda y al mismo tiempo formuló reconvención, reconociendo los hechos sentados de contrario, pero sin admitir que fuesen fundadas las apreciaciones contenidas en ellos, negando asimismo haber opuesto resistencia al testamento de su madre, el cual quería que se cumpliera en todas sus partes. Alegó también que los demandantes trataban de repartirse toda la herencia excluyendo de ella al demandado, a cuyo fin, y con infracción notoria del testamento, promovían este litigio, sin que él hubiese reclamado nunca judicialmente contra la disposición testamentaria de su madre, respetándola como la seguía respetando y deseando su exacto cumplimiento; siendo evidente que las demandantes, pretendiendo con este pleito privar al demandado de su herencia, infringen el testamento, e incurren en la pena en él ordenada para los que establecen reclamaciones judiciales y se oponen a sus disposiciones, debiéndose entender que las demandantes, en cuanto no respetan y pasan por lo establecido por la testadora, y han reclamado judicialmente oponiéndose al testamento, han renunciado a la herencia y quedan privadas de cuanto en él se les dejó.

La parte actora en el escrito de réplica alegó que el demandado desconocía las facultades concedidas a los albaceas por la testadora, y oponía a las disposiciones de ésta, añadiendo que, por si algo faltaba, entabló la demanda reconvencional contra las resoluciones del albaceazgo y pidiendo la nulidad de la partición, mientras ellos acudían a los tribunales para que se cumpliera el testamento y se llevara a cabo lo interpretado y resuelto por los albaceas.

La sentencia de primera instancia declaró que ni los demandantes ni el demandado habían incurrido en la penalidad de verse privados de la herencia, y que por otra parte los albaceas contadores nombrados por la testadora tienen, además de las facultades que el Derecho escrito les reconoce, las que les concedió el expresado testamento y entre otras las de resolver todas las dudas y cuestiones de la clase que fueren que se susciten sobre la inteligencia e interpretación de la repetida disposición testamentaria, siempre que sus disposiciones y acuerdos se atemperen a lo en ésta dispuesto y no sean contrarios a la ley. Y que por lo tanto es válida y eficaz en todas sus partes la operación divisoria realizada por los albaceas.

Interpuesta apelación de esta sentencia por el demandado la Audiencia Territorial dictó la suya declarando que procedía la transferencia de las mencionadas acciones a favor de los demandantes y que por lo tanto los mismos tenían derecho a los dividendos percibidos desde su adjudicación; y que ni el demandado ni las demandantes habían incurrido en la sanción penal de privación de beneficios sucesorios.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley, alegando en el primer motivo del recurso haberse infringido en su cláusula 14 el testamento de doña D.J., y por consiguiente el principio de derecho de que la voluntad del testador debe guardarse como ley, especialmente en lo tocante al cumplimiento de las condiciones, principio sancionado por la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo... en cuanto la Sala sentenciadora absuelve en su fallo a las demandantes de la petición formulada contra ellos sobre que se les declare excluidos de la herencia, siendo así que el testador, usando de su libertad para disponer de sus bienes, impuso esta penalidad para los que reclamasen contra sus disposiciones, y ya que las demandadas, no conformándose con el nombramiento de heredero hecho a favor del recurrente, habían impugnado el aludido testamento, les era de ineludible aplicación, la cláusula de éste al principio expresada, conforme a lo solicitado al formular la reconvencción.

(3) La remisión a las reglas generales en relación con la cláusula de caducidad, nos lleva a resultados extraordinariamente inseguros y discutibles, por ser el testamento una declaración de voluntad unilateral y no recepticia de cuya existencia y contenido sólo después de la muerte del causante tiene noticia el favorecido. Recuérdese que el material de interpretación, que en las declaraciones recepticias *inter vivos* se halla disponible, normalmente falta en las disposiciones de última voluntad ya que forman un proceso puramente interno, ¿Cómo, en cada caso concreto, sobre la base de una disposición según la cual "quien no reconozca el testamento queda excluido de toda atribución", se llegaría a tener una base firme para decidir qué actuaciones del favorecido, según la voluntad del causante, deben tener como consecuencia el castigo de la caducidad?

(3^b) En la doctrina alemana se preguntan los autores si la desobediencia contra la última voluntad del causante ha de ser consciente, o bien por el contrario puede acarrear la caducidad una conducta inconsciente del favorecido. Normalmente se exige que esta desobediencia contra la última voluntad sea consciente, y no sucede así, por ejemplo, cuando un abogado, encargado de accionar contra un coheredero sobre otros fundamentos, realiza la mencionada impugnación sin el conocimiento y voluntad del heredero instituido bajo cláusula de caducidad, ya que estas cláusulas, como se ha repetido tantas veces, tienen el significado de una sanción penal, de manera que normalmente solo puede produ-

cirse la caducidad a consecuencia de una negación de la voluntad del causante plenamente intencionado y consciente (LANGE).

(4) A este punto se refiere la sentencia del Tribunal Territorial de Dresde de 26 de febrero de 1914, en base a los siguientes hechos. El demandante estaba casado con la hija del comerciante X, la cual falleció en 1909. Hasta el año 1911 el demandante vivió con sus suegros; los cuales habían instituido heredero a éste en anteriores testamentos, pero en uno posterior, de 1911, le dejaron sólo un legado de 2.000 marcos, en el supuesto de que por su parte no moviera ninguna pretensión contra la herencia de los testadores: de manera que en caso de mover la más mínima pretensión el legado se incorporaría a la herencia.

La suegra murió en noviembre de 1912 y su marido el 9 de febrero de 1913. El legatario demandó a los herederos para que le pagasen el legado, y estos alegaron, para no pagarlo, que a partir de la muerte de la suegra el legatario había hecho ya diversas manifestaciones contrarias al testamento, y que después de la muerte del suegro escribió una carta el 16 de enero, reclamando como suyos objetos de la herencia, lo cual daba lugar a la caducidad del legado. El Tribunal Territorial aceptó la tesis de la caducidad, pero el superior la rechazó, si bien por razones que no afectan a la tesis que estamos sosteniendo.

El Tribunal Territorial declaró la pérdida del legado, porque, tras la muerte de su suegro, el demandante, en una carta de 16 de enero exigió al demandado que le entregara diversos objetos de su propiedad que se encontraban en el caudal relicto. Pero para tal declaración -dice la doctrina- hay que partir de una inexacta interpretación del testamento de los suegros. Cuando testamentariamente se hace depender la efectividad de un legado de que el favorecido en modo alguno levante pretensiones contra la herencia, en principio sólo hay que entender que se trata de pretensiones hereditarias, puesto que el causante, a través, de semejante determinación, trata de conseguir la finalidad de asegurar la ejecución de su última voluntad y excluir luchas entre sus herederos, o sobre la herencia. De manera que, en la duda, no puede ser tenida como voluntad suya que la caducidad deba tener también lugar cuando el favorecido hace valer pretensiones que a él le competen, reales y obligacionales. --- Quien defiende la producción de la caducidad cuando el demandante presenta pretensiones de carácter distinto del hereditario, debe ser él quien demuestre -- que en el caso en cuestión, según la voluntad del autor del testamento, la cláusula de caducidad comprende también estas otras pretensiones. Aquí sería -- ésta cuestión del demandado, es decir, demostrar que los suegros mediante la cláusula testamentaria de caducidad que se discute, no sólo pretendían apartar al demandante de la alegación de pretensiones hereditarias, sino también -- de otras pretensiones como las que hace valer --por ejemplo- en su carta de 16 de enero. Prueba que no se produjo.

(5) A este respecto es ilustrativa la sentencia de la Sala de lo civil -- del Tribunal Territorial Superior de Berlín de 7 de mayo de 1936.

En este caso se trataba de una cláusula mediante la cual los causantes, -- un matrimonio que había otorgado testamento mancomunado, estableció que el hijo que atacara o impugnara el testamento debería recibir sólo la legítima. Pero las disposiciones del testamento no perjudicaban a la legítima en ningún aspecto, si bien desigualaban a los hijos y en parte disponían a favor de algún extraño.

Uno de los hijos (solo del marido) solicitó *sin éxito* el beneficio de pobreza, para accionar, por causa del testamento, frente a su madrastra.

El tribunal de primera instancia negó que esta sea una actuación suficiente para infringir la cláusula de caducidad. En general -dice- no es fácil de determinar qué actuaciones del heredero deben considerarse como ataques al testamento, y cuales no. Habría que averiguar en cada caso particular la solución. Debe partirse de que a través de la llamada cláusula de caducidad se quiere -- castigar una desobediencia contra la voluntad del causante. De ahí que no podrían ser incluidas, en general, bajo la cláusula de caducidad, aquellas actuaciones con las cuales el heredero pretendiera averiguar la efectiva voluntad del causante y ponerla en vigor, este es el caso cuando un partícipe en la herencia quiere aclarar si el testamento procede efectivamente de manos del causante y si acaso se le pueden objetar infracciones de forma (En el caso, se -- aprecia que el demandante no había dudado frívolamente de la legitimidad del testamento, pues tenía razones para ello).

A esto objetó el recurrente que cuando un causante determina que el heredero que ataque su testamento debe perder la herencia, esta determinación debe ser entendida en el más amplio sentido. En ella debe entrar cualquier intento del heredero de poner en duda la validez del testamento. El heredero que intenta determinar judicialmente si el testamento es inválido, actúa, por consiguiente, contra la voluntad del causante, y es desobediente a ella, exponiéndose a perder su derecho.

En resumen: la llamada "cláusula de caducidad" puede sancionar también -- aquellas actuaciones apropiadas para poner en duda la validez del testamento. Así, puede apreciarse una infracción contra dicha cláusula en la solicitud del heredero, del beneficio de pobreza, a fin de interponer una acción de invalidez del testamento.

(6) Como pone de manifiesto la sentencia de 20 de diciembre de 1915 del Tribunal Supremo alemán (en *Leipziger Zeitschrift*, año 1916, col. 1119), estas cláusulas sirven para llevar a efecto la última voluntad, asegurándola en lo posible, y haciendo desistir a los impugnadores de sus propósitos. No se puede hacer ninguna diferencia entre si lo que se dirige contra las últimas disposiciones, el ataque que se dirige contra ellas, se verifican por el camino de -- una acción o por modo de excepción, pues en ambos casos el ataque es apropiado para perjudicar la última voluntad del causante... Por supuesto, por lo demás, la caducidad sólo puede operar cuando la cláusula de caducidad por sí misma ha sido válidamente ordenada; de manera que si el causante al otorgar el testamento era incapaz, en tal caso, de ahí se sigue la nulidad de la cláusula de caducidad.

(7) Pág. 367.

(8) Otros autores alemanes dicen, al contrario, que basta, para la entrada en vigor de la cláusula, que una vez demandado un legitimario para el cumplimiento de las cargas que se le han impuesto en el testamento, defendiéndose, alegue el perjuicio de su legítima, o de cualquier otro modo impugne la última voluntad.

(9) En un caso el Tribunal Supremo de Dusseldorf admitió que la cláusula de caducidad quedaba sin efecto porque el heredero había impugnado la determi-

nación testamentaria discutida y había *tenido éxito* en la declaración de nulidad; correlativamente en otros casos la cláusula de caducidad se ha considerado ineficaz por los tribunales alemanes de apelación porque el heredero *no ha conseguido*, a través de los pasos por él emprendidos de buena fe, impedir la efectividad de la última voluntad del causante; de manera que sólo en el caso de *tener éxito* en conseguir la nulidad de la cláusula testamentaria en cues --tión sería de aplicar la caducidad.

(10) Es interesante la sentencia de la sala 4a de lo civil del Tribunal Su premo alemán de 5 de abril de 1937 (*Juristische Wochenschrift*, 1937, pág. 220) El tribunal de apelación era de la opinión de que cualquier impugnación del --testamento, a falta de manifestación en contra, debe caer bajo la cláusula de caducidad. El Tribunal Supremo entendió que esto es erróneo, ya que en principio es pensable que mediante la impugnación se anule la cláusula de caducidad misma... y aun cuando permaneciera la cláusula de caducidad existente y en va --lidez, mediante la interpretación judicial podría determinarse qué actividades deben ser afectadas por la cláusula según la voluntad del causante, de la cual puede resultar que incluso un proceso *sin éxito* frente al testamento, según la voluntad del causante no deba tener como consecuencia la desventaja jurídica --amenazada con la cláusula.

Por su parte el Tribunal Federal se expresó en los siguientes términos: "La cláusula debe ser entendida en tal sentido que sólo una conducta victoriosa del favorecido en el testamento debe acarrear la pena, no un intento sin --éxito. Además, un proceder sin éxito del favorecido no da lugar a la aplica --ción de la pena cuando está dirigido a la clarificación y efectividad de la vo --luntad del causante; y un intento serio de poner en duda la validez del testa --mento o un actuar contra las determinaciones del causante puede ocasionar la --pérdida de derechos sin consideración al éxito que tenga".

Otro caso es el siguiente. Un testador, nombra herederos a su hijo y a --los hijos de una hija fallecida, con la modalidad de que el padre de éstos no tendrá usufructo ni la administración de los bienes relictos, que deberán en --tregarse a un tutor; y si alguno de estos nietos no acepta esta disposición, sino que la impugna, deberá perder lo a él atribuido. Los nietos demandan por --que son mayores de edad y por lo tanto no pueden ser sometidos a tutela. Con esto pierden su herencia, pues la demanda es una muestra de descontento contra la disposición del causante y aunque *tenga éxito*, procede la aplicación de la cláusula.

Comenta la doctrina que esta conducta suya puede ser determinante para el Tribunal que conoce acerca de la sucesión, el cual en infracciones formales pe --queñas, en la duda, en base al principio del "favor testamenti", y con la fina --lidad de evitar un excesivo formalismo, estaría inclinado a reconocer el testa --mento como válido; a través de la conducta del heredero, más fácilmente puede ser impulsado a imponer condiciones más severas a la validez del testamento. Se trata aquí, por lo tanto, de una contradicción de la voluntad del causante completamente innecesaria porque el tribunal que conoce de la sucesión tiene --que examinar de oficio la validez jurídica del testamento. LEONHARD, para fun --damentar su contrario punto de vista, no podría apoyarse en los motivos antes indicados, pues ya se dijo que la cláusula de caducidad no alcanza a una con --troversia sobre la legitimidad o el sentido del testamento; por lo tanto, la --discusión se entabla sobre si el documento procede efectivamente del causante, y sobre qué propósito ha perseguido con sus declaraciones; pero no alcanzaría a una discusión sobre si lo que indudablemente deseaba, lo ha expresado en la

forma jurídica adecuada.

(11) Pág. 1143.

(12) Pág. 1307.

115

VIII

EFFECTOS DE LA CLAUSULA.



116

S U M A R I O

VIII. EFECTOS DE LA CLAUSULA.

1. PERÍODO DE PENDENCIA.
2. EFECTOS DE LA INFRACCIÓN.

VIII

EFECTOS DE LA CLAUSULA.

1. PERIODO DE PENDENCIA.

Ya se ha expuesto en el capítulo III que la cláusula tiene -
unos efectos que dependen de la voluntad del testador y que pue -
den ser los de una condición resolutoria o los del modo o carga -
modal según cuál sea dicha voluntad.

Mientras tanto el heredero o legatario afectado por la prohi -
bición adquiere los correspondientes derechos y se presenta como -
verdadero titular de los bienes, pudiendo usufructuarlos y enaje -
narlos, así como administrarlos.

Todo esto para el caso de que la cláusula prohibitiva sea lícita, porque si es ilícita se tiene por no puesta, en virtud del artículo 792 del Código civil que se aplica por analogía.

En la doctrina alemana los autores se preguntan: ¿Cómo podría adquirirse en esta hipótesis de cláusula de caducidad la situación de heredero pleno? ¿Al cumplirse qué circunstancia el fiduciario se transforma en heredero pleno e ilimitado?

En opinión de BINZ "la posibilidad más simple es, desde luego, el cumplimiento de la voluntad del causante, siguiendo las disposiciones de éste. Si, por ejemplo, éstas consisten en un gravamen o carga, el fiduciario se transformaría en heredero pleno al cumplir dicha carga".

"Por el contrario, el favorecido no podría adquirir la posición de heredero puro y simple mediante la declaración de que renuncia a cualquier ataque a la disposición a causa de muerte. Si se admitiera esa posibilidad se pondría en peligro la situación del sustituto fideicomisario, ya que el favorecido podría, tras su declaración de renuncia, infringir las limitaciones sobre la herencia como si fuera heredero pleno. Podría realizar entonces todos los actos prohibidos por el causante sin tener que perder la herencia, ya que en el momento de su disposición sobre ésta -- era ya heredero pleno".(1)

El problema que se estudia por estos autores es, por tanto, el de cómo puede conseguir el heredero o legatario que la cláusula prohibitoria sea cumplida de tal manera que ya no sea posible el incumplimiento de la voluntad del testador de que no haya intervención judicial o acción de impugnación del testamento, o de la partición, etc.

Este problema creemos que no es posible resolverlo la doctrina, sino que en cada caso habrá que estudiar si el heredero o legatario a quien se impuso la prohibición se ha puesto en condiciones de no poder infringirla, y sólo entonces se le podrá considerar como un heredero o legatario puro y sin condición o modo.

Cuando el que puede exigir el cumplimiento de la cláusula prohibitoria impidiese voluntariamente su cumplimiento, se tendrá -- por cumplida la condición, por analogía con el artículo 1119 del Código civil.

2. EFECTOS DE LA INFRACCION.

El efecto fundamental de la infracción suele ser la pérdida - de los beneficios sucesorios concedidos por el testamento.

En la doctrina alemana señala BINZ (2) que "las cláusulas de caducidad raramente son formuladas de una manera clara y nítida, de modo que no se deduce fácilmente de ellas qué actuaciones de los herederos o de los otros favorecidos en el testamento quedan prohibidas por éste. También muy raramente se hacen figurar en las cláusulas de caducidad disposiciones sobre qué consecuencias jurídicas deben producirse cuando se infrinja la última voluntad del causante; o quién debe entrar en lugar del favorecido que desaparece, y cómo debe regularse la cuestión".

En los ejemplos que hemos puesto en el capítulo I se puede observar que en España se sanciona directamente por muchos testadores con la pérdida de la herencia o legado, y desde luego en la cláusula Socini veremos que se establece que el legitimario que no se conforme con las disposiciones del testador deberá recibir sólo la legítima estricta(3). Cuando la cláusula prohibitoria no establece una sanción concreta habrá que estar a la voluntad del testador y ver si lo que quería era la resolución del legado o la herencia o el obligar al cumplimiento y que los otros herederos pudieran rescindir los beneficios.

LACRUZ (4) piensa que es posible aplicar a la infracción de las prohibiciones testamentarias los criterios del artículo 1154 del Código civil, y por tanto sería posible reducir la penalidad impuesta por el testador de pérdida de beneficios, pero al parecer esta opinión la expone dicho autor refiriéndose a otras cláusulas penales, pues sería contrario a la voluntad del testador que el juez pudiera, por ejemplo, perdonar la mitad de la herencia y dejar sin la otra mitad al heredero que infringe la prohibición pero habiendo circunstancias que atenúan la gravedad de la infracción.

En cuanto al efecto fundamental de la cláusula, de privación de la herencia, ¿cabría hablar de exclusión de la estirpe?

Parte de la doctrina alemana sostiene la opinión de que con el favorecido descontento normalmente queda excluida de la herencia su total estirpe.

Pero esta opinión no puede ser seguida, ya que no existe ninguna regla ni presunción a favor de la exclusión; una cláusula de caducidad presupone sólo consecuencias penales para aquel que infringe la voluntad del causante. Esta pena es sólo relativa a determinada persona, que ha sido favorecida en el testamento. De lo que cabe deducir que solamente estos herederos o legatarios des - contentos deberán tener que restituir en su caso la atribución, si impugnan el testamento.

Cuando la atribución se resuelva por entender el Tribunal que hay condición resolutoria y condene al infractor a la pérdida de - beneficios, éste habrá de restituir los bienes hereditarios de los que había tomado posesión.

El mayor problema de la resolución de beneficios es si ésta -- tiene efecto retroactivo, lo cual se ha de estudiar averiguando la voluntad del testador y si la prohibición tiene los efectos de un modo o de una condición.

Todo esto tiene importancia para saber si se resuelven o no -- las enajenaciones realizadas por el heredero o legatario.

En materia de frutos, la doctrina alemana se pronuncia por el efecto retroactivo, lo cual es contrario a la naturaleza de sustitución fideicomisaria que algunos atribuyen a la cláusula (6). Como en principio se presume el modo y no la condición, también puede decirse que salvo prueba en contrario de la voluntad del testador, el heredero o legatario sancionados con resolución no tendrán que devolver los frutos percibidos.

¿Quién puede exigir la resolución a causa de incumplimiento?
¿Quién deviene en estos supuestos heredero? En la doctrina alemana opinan unos que estarán legitimadas aquellas personas que se --
rían herederos del causante si en el momento de producirse el --
acontecimiento, esto es, la infracción contra la última voluntad,
falleciera aquél.

No obstante algún autor -así, por ejemplo, NATTER (7)-, definiendo la opinión de que esta institución de los herederos legales no se corresponde la mayoría de las veces con la voluntad del causante, y consiguientemente propone considerar como sustitutos-fideicomisarios a aquellos en quienes recaería la parte de herencia del heredero instituido bajo condición resolutoria en caso de desaparición de éste.

En el Derecho español, por voluntad del testador lo más frecuente -como se deduce del análisis de la jurisprudencia- es el establecimiento del derecho de acrecer. Así, por ejemplo, el testamento objeto de la sentencia de 17 de febrero de 1907, en su --
cláusula décima establecía expresamente: "prohibo que mis herederos susciten contienda ni reclamación judicial alguna, resolviendo amigablemente entre ellos cuantas dificultades surgieran en la testamentaría, o encomendándolos a los testamentarios, pues si por cualquiera causa promovieran cualquiera especie de juicio que dijere relación con la herencia, el que tal hiciese perdería la parte que le correspondiese, acreciendo en los demás que se conformasen".

En el mismo sentido, la cláusula 14 del testamento objeto de la sentencia de 21 de marzo de 1902 decía que "en el caso de que alguno reclamase oponiéndose judicialmente al testamento se entendería que renunciaba a la herencia, y quedará privado de todo -- cuanto se le deja en el mismo, *acreciendo* su parte, a la de los que respeten lo dispuesto por la testadora".

Más recientemente, y en el mismo sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 1959 transcribe la cláusula quinta del testamento que dió lugar al recurso, cláusula en la que se decía: "Prohibo la intervención judicial en mi testamentaría, y si alguno de mis herederos la promoviese o no se conforma con la partición que dejo hecha de mis bienes y los de mi esposo, por ese mero hecho quedará -- privado de toda participación en los tercios de mejora y libre disposición, que *acrecerá* a los sumisos y conformes".

En general, a efectos del nombramiento de un heredero que sustituya al que impugna el testamento o promueve la intervención judicial hay efecto retroactivo al momento de la muerte del testador.

En estas cláusulas testamentarias, ¿es transmisible a los herederos el derecho a hacer valer la sanción de pérdida de derechos -- impuesta por el testador al sucesor que impugne las disposiciones establecidas en el mismo testamento?

Nada ha dicho la jurisprudencia al respecto, pero, en principio, cabría pensar que el derecho a hacer valer la cláusula de decadencia impuesta en el testamento es transmisible y cabe la renuncia siempre que no se perjudique el derecho de un tercero. Sin em-

bargo, a esto se opone por ciertos autores en la doctrina alemana que, tratándose de un derecho personalísimo, de la misma naturaleza -- que es de aceptar la herencia, la acción relativa a él puede ser ejercitada sólo por el titular y no es transmisible a ningún ad -quirente *inter vivos* o mediante legado. Pero el derecho hereditario es transmisible en el Derecho español, y en lugar del heredero -- que repudia la herencia o es indigno de heredar o muere antes que el causante desde luego entrará su sustituto.

Lo que ya es más problemático es lo que sucede cuando uno que está legitimado para pedir la resolución de la institución de heredero o el legado no lo hace, en cuyo caso la doctrina alemana - entiende que la cláusula de caducidad no funciona.

NOTAS

(1) Pág. 16.

(2) Pág. 1.

(3) Según BINZ (pág. 9 y 10) "si (el gravado con la cláusula de caducidad) es legítimo, es cuestionable qué consecuencias jurídicas se producen para el heredero, amenazado con la cláusula a partir del momento en que se verifica la impugnación. Todo ello depende en principio de cuáles sean las determinaciones que el causante haya tomado para el caso de que el legítimo vaya contra su última voluntad. Sin embargo, lo más frecuente es que éste disponga que el favorecido deba limitarse a recibir solo su legítima. Esta disposición del causante es equívoca, pues no queda claro si quiere dejarle la legítima a título de herencia, o de legado, o bien si debe recibirla por el exclusivo título de legítima, de modo que el causante persigue exclusivamente que el legítimo reciba tan poco como sea posible. De manera que si una cláusula de caducidad se contiene en la institución hereditaria de un legítimo, la disposición según la cual éste en caso de que infrinja la última voluntad del causante no recibirá nada, es discutible; en principio debería entregar la totalidad de la herencia, pudiendo en cambio demandar su legítima".

(4) Pág. 598.

(5) Plantea BINZ: "el problema de la dificultad que puede surgir en el caso de que el heredero condicional hubiera pagado deudas hereditarias. Resuelta su adquisición ¿deberá proceder a la recuperación de la suma desembolsada?. La respuesta -dice este autor- es muy simple. Si el pago de las deudas ha sido hecho con dinero hereditario, puesto que el heredero no ha puesto nada suyo, no puede pretender ningún reembolso. Si por el contrario el heredero ha pagado -- con dinero propio -- y este caso en verdad, no parece que pueda darse fácilmente en la práctica; éste podrá resarcirse de lo por él pagado en el momento en --

que verificada la condición deba restituir los bienes hereditarios".

(6) Según BINZ cuando el testador "dispone que el favorecido, en caso de infringir la voluntad del causante, debe restituir la herencia, se plantea la cuestión de si realmente nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria. De modo que el favorecido fundamentalmente sería sólo un fiduciario -lo cual - es totalmente dudoso, ya que no es propio del fiduciario, si pierde la herencia por impugnar la última voluntad del causante, que se produzca la pérdida - de lo recibido con efectos retroactivos-: al haber ordenado el causante que en caso de infracción de su última voluntad determinadas personas deben ser herederos suyos, con ello ha expresado ya que tales personas son sustitutos fideicomisarios". Sin embargo otros autores no están de acuerdo con esto. Según NATTER "el heredero instituido bajo la condición de no actuar contra el testamento, en el momento de producirse ésta debe ser tratado -a tenor de la voluntad del causante-, como si ya no fuese heredero, aunque no se le pueda negar una posición semejante a la del heredero fiduciario hasta el momento de producirse la repetida impugnación. De ahí que le corresponda los frutos de su parte hereditaria hasta ese momento".

(7) Pág. 167.

21

SEGUNDA PARTE

LA PROHIBICION DE INTERVENCION JUDICIAL

S U M A R I O

I. LA PROHIBICION DEL JUICIO DE TESTAMENTARIA.

1. HEREDEROS VOLUNTARIOS. EL NOMBRAMIENTO DE CONTADORES-PARTIDORES.
2. LA PROHIBICION Y EL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTADORES-PARTIDORES.
3. LA PROHIBICION Y LOS LEGITIMARIOS.

II. LA PROHIBICION GENERAL DE INTERVENCION DE LOS TRIBUNALES.

1. LA APROBACION JUDICIAL.
2. LIMITES DE LA PROHIBICION. EL CUMPLIMIENTO DE LA ULTIMA VOLUNTAD.
3. LA PROHIBICION Y EL HEREDERO O LEGATARIO QUE ACCIONA POR OTRO TÍTULO.

III. IMPUGNACION DE LA PARTICION REALIZADA POR EL ALBACEA.

1. PLANTEAMIENTO.
2. LA FACULTAD DEL ALBACEA DE INTERPRETAR EL TESTAMENTO.
3. LA CLÁUSULA PROHIBITORIA Y LA INTERPRETACIÓN DEL ALBACEA.
4. LA INFRACCIÓN DE LAS REGLAS DE LA PARTICIÓN.

172

I

LA PROHIBICION DEL JUICIO DE TESTAMENTARIA

1. HEREDEROS VOLUNTARIOS. EL NOMBRAMIENTO DE CONTADORES PARTIDORES

El párrafo 2° del artículo 675 del Cc. al establecer que el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los ca sos en que haya nulidad declarada por la ley, se refiere concreta mente a cierta clase de cláusulas de prohibición de intervención judicial entre las que pueden insertarse en los actos *mortis causa*, que son muy variadas. Es decir, que la impugnación del testamento es la especie, dentro de un género mucho más amplio, que comprende todas las oportunidades de intervención judicial en relación con una herencia, para lo cual, sin impugnar la disposición de úl tima voluntad, cabe pedir la nulidad o rescisión de la partición, o la declaración de indignidad de un heredero o legatario, o de mandar al heredero para que cumpla el legado, etc.; y como proce-

dimiento que abarca el total contexto sucesorio y todos los aspectos del cumplimiento de una última voluntad y la distribución de una herencia, cabe incoar el juicio de testamentaría, en alguna de sus variedades de "necesario" y de "voluntario", proceso universal destinado a determinar los derechos de sucesores y acreedores, liquidar la herencia, entregar los legados y dividir los bienes que quedan entre los herederos en las proporciones designadas por el testador. Es un proceso que absorbe la administración y la posesión de los bienes hereditarios hasta que se sustancie y se haga entrega a cada uno de los bienes que le han correspondido en la partición, de modo que hasta ese momento los bienes son ocupados por el administrador judicial y se deja sin ellos a los herederos y legatarios, lo cual puede en bastantes ocasiones ser contrario a los deseos del testador.

El tema de esta tesis doctoral es sobre todo el de las cláusulas prohibitorias de impugnar el testamento y está menos centrado en las otras que en términos más amplios amenazan con sanciones a quienes promuevan el juicio de testamentaría, u otra intervención judicial, además de que estas cláusulas relativas al juicio de testamentaría entran en el campo del Derecho procesal y tienen una eficacia propia dentro del proceso sucesorio. Estas cláusulas, concretamente, tienen el efecto de impedir que se ponga en marcha el proceso, y cuando el juez conozca su existencia en el testamento no admitirá la demanda a los trámites posteriores previstos en la Ley de enjuiciamiento civil, sino que cerrará el proceso con un "no ha lugar" basándose en la prohibición del testador. Estas

cuestiones procesales no se pueden estudiar con detalle en esta tesis que se centra en los problemas de Derecho civil.

Pero aquí daremos una ligera idea de lo que ocurre en Derecho procesal.

La Ley de enjuiciamiento civil divide el juicio de testamentaría en dos clases: un juicio "voluntario" y un juicio "necesario".

El juicio llamado "voluntario" lo puede promover cualquiera - que sea parte legítima para ello.

Establece el artículo 1038 de la Lec. que serán parte legítima para promoverlo:

- cualquiera de los herederos testamentarios
- el cónyuge que sobreviva
- cualquiera de los legatarios de parte alicuota del caudal
- cualquier acreedor siempre que presente un título escrito - que justifique debidamente su crédito.

Del juicio necesario se ocupa el artículo 1041, que dice así:
"Será necesario el juicio de testamentaría en los casos en que el juez deba prevenirlo de oficio. Estos casos serán:

- 1°. Cuando todos o algunos de los herederos estén ausentes y - no tengan representante legítimo en el lugar del juicio.
- 2°. Cuando los herederos, o cualquiera de ellos, sean menores

o estén incapacitados, a no ser que estén representados - por sus padres".

O sea, será ineficaz la prohibición establecida por el testador, si no va acompañada del nombramiento de una o más personas a quienes faculte para que practiquen extrajudicialmente el inventario, avaluo, liquidación y partición de la herencia. Como tantas veces se ha repetido, la voluntad del testador es la ley del caso, por tanto el juez está obligado a respetarla, absteniéndose de intervenir en la testamentaría, ya sea de oficio, ya a instancia de parte, cuando aquél haya ordenado lo necesario para el cumplimiento de su voluntad (1), a no ser que reclamen esa intervención los herederos forzosos que se crean perjudicados en sus legítimas, o los acreedores que no tengan asegurados sus créditos con "hipoteca voluntaria, o con otra garantía suficiente", como establece el artículo 1040 de la Lec., o cuando los herederos no le "diesen -- fianza bastante, independientemente de los bienes del finado".

Como señala PRIETO-CASTRO (2) el procedimiento de testamentaría en su modalidad de voluntario se promueve en los casos en que no siendo en sí necesario para dar eficacia a las operaciones que comprende, falta conformidad entre los interesados, mientras que el necesario se incoa por el juez "ex officio".

Señala asimismo este autor que el procedimiento en sus dos modalidades es largo y costoso, por lo que el causante puede, en -- previsión, excusarlo; de aquí que los herederos voluntarios y los legatarios de parte alícuota no puedan promoverlo si el testador

lo ha prohibido expresamente.

Comentando estos preceptos dice la sentencia de 2 de diciembre de 1929 que "el cumplimiento de la última voluntad de los testadores cuando -y como es tan frecuente en la práctica- no se lograba la conformidad de todos los interesados en la herencia originaba conflictos que en el Derecho procesal daban lugar a dilaciones tan perjudiciales como costosas, y con objeto de prevenirlas evitando o siquiera disminuyendo el grave daño que se infería a la masa hereditaria, se introdujeron en el enjuiciamiento algunas reformas, que por lo que a la ley del año 1855 se refiere, no se acreditaron en la experiencia que demostró la escasa influencia de algunas reglas del que se llamó con cierta impropiedad juicio de testamentaría, y la ley de 3 de febrero de 1881, dando un avance certero en la rapidez y economía del mencionado procedimiento, concedió en el art. 1039 la posibilidad de prohibir que los herederos voluntarios y legatarios de parte alícuota de la herencia pudiesen ejercitar el derecho de promover la división del caudal relicto ante la autoridad judicial, si bien para eficacia de la prohibición en el caso en que hubiera en la herencia interesados menores de edad o legalmente incapacitados, los artículos 1044 y siguientes preveían la posibilidad de que el testador nombrase persona a quien confiara la facultad de practicar extrajudicialmente las operaciones de la testamentaría".

En efecto, como expresa el artículo 1039, "los herederos voluntarios y los legatarios de parte alícuota no podrán prevenir el juicio voluntario de testamentaría cuando el testador lo haya

prohibido expresamente". Por su parte, el artículo 1044 establece que "aunque sean menores o estén incapacitados los herederos, no se podrá prevenir el juicio necesario de testamentaría cuando el testador lo haya prohibido expresamente".

Finalmente, establece el artículo 1045 de la Ley de enjuiciamiento civil que "cuando el testador haya prohibido la interven -- ción judicial en su testamentaría, para que esta prohibición produzca los efectos expresados en el artículo anterior, y en el --- 1039, será necesario que aquél haya nombrado una o más personas - facultándolas para que con el carácter de albaceas, contadores, o cualquiera otros, practiquen extrajudicialmente todas las opera - ciones de la testamentaría".

En la modalidad forzosa de la testamentaría la prohibición -- produce los mismos efectos que en la voluntaria, aún cuando los - herederos sean menores o estén incapacitados, sobreseyéndose in - cluso en las actuaciones aseguratorias, tan pronto se exhiba co - pia del testamento con tal prohibición, pero siempre que el mismo aparezca nombrado albacea o cargo análogo. Esto último es esen -- cial, porque la prohibición impide a los herederos hacer uso de - sus derechos ante los tribunales y conseguir una administración - neutral de la herencia para evitar que algunos de ellos se apode - ren de los bienes hereditarios, y también impide el ejercicio de la acción de división que corresponde a todos los que forman parte de una comunidad o situación de copropiedad, por lo cual, a -- cambio de privarles de una acción de división, el testador es necesario que nombre unos órganos que tengan la función de dividir,

de modo que el heredero, aun contra su voluntad, se encuentre con la herencia partida teniendo cada uno destinado su lote en pleno dominio: lo que no sería natural ni legal es que el testador pu -
diera dejar los bienes para siempre en indivisión y eso es lo que se conseguiría si le estuviera permitido prohibir la intervención judicial sin que el heredero tuviera otro medio o instrumento para partir la herencia, pues no pudiendo nunca, en virtud de la -- prohibición testamentaria, dirigirse a los tribunales para pedir la partición, la herencia se quedaría sin partir todo el tiempo - que quisieran los otros herederos, y bastaría que uno sólo de --- ellos se negase a dividir para que la escritura de división no pu -
diera firmarse y producir efectos. Total, que los herederos ten --
drían que conformarse con sus participaciones en la herencia no dividida, en espera de que todos llegasen a un acuerdo. Esto es - contrario al criterio del legislador que en el Código civil ha li -
mitado la indivisión. Por eso el artículo 400 dice de la manera siguiente: "ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo - que se divida la cosa común. Esto, no obstante, será válido el -- pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que - no exceda de diez años, Este plazo podrá prorrogarse por nueva -- convención".

Es cierto que el artículo 1051 está menos claro. Dice así:
"ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivi -
sión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división. Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siem

pre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extin - que la sociedad". Los autores han discutido sobre la virtualidad de este artículo: si la prohibición de dividir puede ser por tiem po indefinido (3). Pero aunque el tiempo de la prohibición pueda ser más largo de diez años, no creemos que pueda durar un tiempo indefinido, porque el Código prohíbe que la sustitución fideicom saria se extienda más allá del segundo grado, y tampoco se debe - extender una prohibición de dividir.

El problema está en si el testador puede dejar de nombrar los albaceas que señala el artículo 1045 de la Lec. y decir que prohi be a sus herederos dividir la herencia, de modo que esta prohibi- ción se considere como un sustitutivo del requisito del nombra -- miento de los albaceas del citado artículo, lo que no creemos, -- porque los albaceas tienen unas funciones muy variadas, como pue- de verse en el artículo 902 del Código civil y en las obras y co- mentarios de los profesores ALBALADEJO y PUIG FERRIOL, y aunque - la Ley de enjuiciamiento civil es anterior al Código civil las fun ciones de los albaceas eran parecidas y sobre todo en el juicio - de testamentaría estaban destinadas a administrar y conservar los bienes de la herencia, entrando entre las operaciones de la testa- mentaría la pieza separada de administración del art. 1005 de la Lec., que cuando el testador nombre albaceas les corresponderá a ellos porque ellos han de practicar extrajudicialmente todas las operaciones sin dejar ninguna, y aunque sea fuera de juicio los - albaceas del art. 1045 de la Lec. tienen unas funciones de admi - nistradores y estas funciones no se les pueden quitar mediante -- una prohibición de dividir.

Como resultado de lo expuesto se deduce que el art. 1045 de la Lec. sigue estando vigente, y que continúa la prohibición de promover el juicio voluntario o necesario de testamentaría después de la publicación del Código civil porque sigue vigente el artículo 1045 de la Lec., que no ha sido derogado.

2. LA PROHIBICION Y EL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTADORES-PARTIDORES.

La prohibición de intervención judicial está conectada con la intervención de los contadores partidores nombrados en atención al artículo 1045 de la Lec., de tal modo que si esos contadores no quieren intervenir, es como si el testador no hubiera hecho su nombramiento, y falta evidentemente el requisito o presupuesto del artículo 1045 de la Lec. para que valga y exista la prohibición de intervención judicial que figura en el testamento.

Establece la sentencia de 3 de diciembre de 1902 que es preciso que los contadores partidores se hallen dispuestos a practicar extrajudicialmente las operaciones de testamentaría, pues de otra suerte resulta un caso igual a aquel en que no se haya cuidado de hacer designación de los cumplidores de su voluntad. La sentencia de 24 de noviembre de 1906 dice que la prohibición de intervención judicial no puede tener cumplimiento cuando no conservan el carácter de albaceas-contadores los nombrados por el testador y se está en el caso del art. 911 del Código civil. O sea, que la -

prohibición no vale ni obliga cuando no se ha obedecido al artículo 1045, pero aun cuando se haya obedecido deja de valer y obligar cuando los albaceas contadores-partidores nombrados no quieren actuar, o sea no aceptan el encargo o no trabajan aunque lo hayan aceptado, y también puede ocurrir que se les acabe el plazo legal o testamentario del ejercicio del cargo, de manera que dejan de ser albaceas, y entonces la prohibición de intervención judicial impuesta por el testador no puede mantenerse porque no --- cuenta con el requisito establecido por el artículo 1045.

3. LA PROHIBICION Y LOS LEGITIMARIOS.

La prohibición de promover el juicio de testamentaría afecta en el artículo 1039 de la Lec. a los herederos voluntarios, de donde se deduce, por exclusión, que no afecta a los herederos forzosos, o sea a los que tienen derecho a la legítima.

Sin embargo, esto no está totalmente de acuerdo con otros textos de la misma Ley, como el artículo 1046, que dice así: "Si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta Ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los herederos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse a ellas. Lo mismo deberán hacer los herederos forzosos, siempre que no resulten perjudicados o gravados en sus legítimas".

Textualmente dice este artículo que los herederos forzosos, o sea los que tienen derecho a la legítima, deberán conformarse con las disposiciones del testador siempre que no resulten perjudicados o gravados en sus legítimas, y según como se interprete resulta que los herederos forzosos deben conformarse con la prohibición mientras no demuestren perjuicio de sus legítimas.

En la jurisprudencia el problema se ha examinado en el aspecto de la validez de la actuación de albaceas contadores-partidores nombrados por el causante para dividir la herencia entre los legitimarios, pero ese problema en realidad está ya resuelto por el artículo 1057 del Código civil, que se aplica lo mismo habiendo herederos forzosos que cuando no los haya.

Las sentencias de 20 de enero de 1888 (anterior al Código), 8 de febrero de 1892 y 14 de mayo de 1895 establecen que no se oponen los preceptos de los artículos 1039 a 1046 de la Lec. a que el testador designe los contadores partidores de su caudal, y --- mientras que este nombramiento no perjudique las legítimas de los herederos forzosos, éstos están en la obligación de respetarle -- (4).

Según la sentencia de 8 de mayo de 1926, no infringe el artículo 1046 de la Lec. ni el 1038 y jurisprudencia del T.S., la sentencia que desestima la petición de nulidad de las operaciones -- particionales llevadas a cabo por los albaceas contadores, porque los hijos del causante que acudieron a promover el juicio voluntario de testamentaría, cuando se convencieron de que los aludidos

contadores no estaban dispuestos a compartir su criterio respecto al modo de liquidar los aumentos y ganancias obtenidas durante el matrimonio de aquél, no justificaron que las discutidas operaciones causen lesión a su legítima.

Añade la citada sentencia que el testador está facultado para prohibir que se promueva dicho procedimiento, con tal que haya de signado una o varias personas que con el carácter de albaceas con tadores, o cualquiera otro, practiquen extrajudicialmente todas -- las operaciones de la testamentaría, siendo aquella prohibición y las distintas reglas que, separándose de las ordenadas en la repe tida Ley Procesal haya podido establecer el causante, de ineludible acatamiento para los herederos voluntarios, pero también para los herederos forzosos, a menos que estos últimos resulten perjudicados o gravados en sus legítimas.

En la misma línea la sentencia de 2 de diciembre de 1929 dice de la facultad del testador de nombrar contadores-partidores que "el Código civil la ha vigorizado y extendido con el precepto del art. 1057, que sin modificar la facultad que la Ley de enjuicia - miento civil había reconocido al testador de impedir la interve - nión judicial en la partición, le autoriza para que en su vida o por su postrimera voluntad, encomiende la facultad de realizar la partición a persona de su confianza, con tal de que no sea ninguno de los coherederos. Esta disposición se ha de cumplir, en todo caso, y sin necesidad de otro requisito previo que la citación pa - ra el inventario de los bienes de la herencia a todos los intere - sados en la misma como herederos, legatarios o acreedores, siendo

el ejercicio legítimo de esta facultad del testador derecho cuyas consecuencias jurídicas y económicas están obligados a acatar todas las personas que no le puedan oponer agravio que no sea de -- los que autoriza la ley contra la libertad del testador, o que traigan origen en causa distinta de la ejecución de la correspondiente disposición testamentaria".

De manera que el testador puede dar reglas para la partición que serán obligatorias para los legitimarios mientras no perjudiquen sus legítimas, y desde luego imponer contadores-partidores. Así lo estableció después de la promulgación del Código civil la sentencia de 28 de diciembre de 1896 al subordinar las disposiciones del artículo 1039 de la Lec. a lo ordenado por el testador de conformidad con los artículos 1056 y 1057 del Código civil.

En conclusión, el carácter obligatorio que ostenta la partición hecha por el comisario que nombre el testador, comprende la misma extensión que cuando aquélla es hecha por el causante, y -- por tanto no cabe ponerle otro obstáculo que el perjuicio real o supuesto en la legítima de los herederos forzosos. Dicho carácter obligatorio lo recibe la partición, no de la conformidad expresa o tácita de los partícipes herederos, sino de la voluntad del testador, el cual, de la misma manera que puede dividir por sí sus bienes para después de su muerte, con idéntico carácter -- puede encomendar esa operación a tercera persona que tenga capacidad para obligarse y no sea uno de los coherederos.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, como dicen muchas -- sentencias, el nombramiento de contadores no altera el derecho de

los herederos forzosos para promover el juicio universal.

La sentencia de 17 de octubre de 1893 (4 bis) establece que - la prohibición, por el testador, de intervención judicial, únicamente alcanza a los herederos voluntarios y a los legatarios de - parte alícuota, y de ningún modo puede ser extensiva a los forzosos, como son los hijos por razón de su legítima, en la cual suceden con y sin la voluntad de los padres, y la tienen que percibir libremente sin ningún gravamen ni condición. Y la sentencia de 1º de diciembre de 1891 había expresado que la sala que rechaza la - incoación del juicio de testamentaría en que están interesados -- unos legitimarios aplica indebidamente a los herederos forzosos - la prohibición establecida por la testadora, cuando aquélla sólo alcanza a los herederos voluntarios o legatarios de parte alícuota. Por tanto, sólo en el caso de que la partición se haya practi- cado por el testador mismo, los herederos forzosos carecerán de - este recurso, quedándoles únicamente el de impugnar la división - por lesión en su legítima y pedir el complemento de la misma.

La sentencia de 1891 nos expone el problema procesal de las - legítimas cuando un heredero forzoso pretende promover el juicio de testamentaría y el testador ha prohibido la intervención judicial; porque el juez que ha de juzgar sobre la demanda no puede - saber si las disposiciones del causante lesionan o no a la legítima, porque eso se podrá saber cuando el juez tenga elementos de - juicio a través de las pruebas y demás extremos que le hagan conocer las partes, pero no cuando comienza este procedimiento. Además - más estos juicios universales son impropios para que a través de

ellos se entere el juez de si hay o no perjuicio de las legítimas. Y si no se demuestra que no hay perjuicio, el juez tendrá que llevar adelante el procedimiento cuando lo piden los legitimarios -- aunque el testador haya prohibido la intervención judicial.

II

LA PROHIBICION GENERAL DE INTERVENCION DE LOS TRIBUNALES.

1. LA APROBACION JUDICIAL

Desde luego, la cláusula prohibitiva de intervención judicial no puede impedir que se produzca la aprobación judicial en los ca sos en que ésta sea exigida por la ley como requisito de la parti ción.

En esta cuestión el artículo 1049 de la Lec. dispone que "las liquidaciones y particiones de herencia hechas extrajudicialmente, aunque lo hayan sido por contadores nombrados por el testador, de ben presentarse a la aprobación judicial siempre que tengan inte rés en ella, como heredero o legatario de parte alícuota algún me nor, incapacitado o ausente cuyo paradero se ignore". Pero des -- pués de la promulgación de la Ley de enjuiciamiento se promulgó el Código civil, que modificó el artículo citado con el 1057 (5), el



1060 y la creación del Consejo de familia (6).

Ya el artículo 1050 de la Lec. exceptuaba de la aprobación judicial las particiones hechas por los mismos testadores, y después de la promulgación del Código civil la doctrina y la jurisprudencia del T. S. consideraron que tampoco las particiones hechas por comisario debían someterse a tal aprobación (7).

En la actualidad, después de la reforma de 1981, la regla general en materia de aprobación judicial nos la da el artículo 1060 reformado del Código civil que dice que "cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial".

Con la doctrina antigua podemos entender que todavía es necesaria la aprobación judicial cuando por tener el padre o la madre intereses encontrados en la herencia, deba nombrarse a los menores un defensor judicial, según dispone el artículo 163 del Cc.

También se necesitará autorización judicial para las particiones en las que estén interesados ausentes en ignorado paradero, pues esta autorización la exige el artículo 1049 de la Lec., que no ha sido derogado en cuanto a los ausentes por el 1060 del Código civil.

Ahora bien, la aplicación de los arts. 1077 y siguientes de la Lec. parece convertir al acto de la aprobación judicial en una mera fórmula, del que sólo queda el consentimiento de las partes o de sus representantes legítimos, que a veces se da por supuesto

sin que exista en realidad; de ahí que la D.G. haya entendido, -- creemos que con error, que esa aprobación tiene un carácter meramente formulario, sin implicar el examen de la validez del contenido de la partición (8).

2. LIMITES DE LA PROHIBICION.

EL CUMPLIMIENTO DE LA ULTIMA VOLUNTAD.

La prohibición de intervención judicial no se puede aprove -- char por el heredero que tiene los bienes en su poder y no quiere entregarlos a los otros o pagar los legados, etc., para dejar sin efecto la voluntad expresada en el testamento, quedándose dicho -- heredero con la herencia y alegando que las reclamaciones presentadas frente a él en los tribunales pidiendo la entrega de los -- bienes del testador que guarda en su posesión les han hecho per -- der a los demandantes su derecho a la herencia o el legado por aplicación de la cláusula prohibitoria de intervención judicial.

Es cierto que el demandante que reclama su parte de la herencia o del legado ha hecho intervenir a los tribunales, pero lo ha hecho porque no tenía otro medio de conseguir los bienes que le -- dejó el testador.

En esta línea la sentencia de 27 de febrero de 1907 establece "que la prohibición de que los herederos suscitaren contienda ju-

dicial, sancionando con la pérdida de la parte de la herencia, no debe entenderse tan absoluta y estrictamente que por razón -- de ella, no pueda un heredero perjudicado por otros coherederos o por los albaceas recurrir a los tribunales en demanda de repara- ción cuando esta demanda se apoya en la misma voluntad del testador para pedir su cumplimiento, pues de otra suerte, podría bur- larse por un medio o por otro dicha voluntad, poniendo a algún heredero en el trance de tener que consentir su infracción, lo -- cual revestiría, además, a la prohibición, de un carácter de inmo- ralidad, opuesto a los principios que informan los preceptos lega- les, lo mismo en materia de contratación que de últimas volunta- des, y contradiría la misma disposición testamentaria, ya que -- cuando un testador es libre para dar a uno o no participación en la herencia, no se puede presumir que quiera por tal medio anular su misma voluntad".

La sentencia de 1 de junio de 1946 establece asimismo que "es reiterada la doctrina jurisprudencial de que las prohibiciones im- puestas a los herederos o legatarios de promover contiendas o re- clamaciones judiciales sobre los bienes legados no obstan para -- que aquéllos, ejercitando su derecho, reclamen lo que legítimamen te les pertenece; y es evidente que conforme al principio *qui iure suo utitur neminem ledit*, el que usa un derecho amparado por la ley no puede incurrir en pena".

También la sentencia de 29 de enero de 1955 repite que "la -- aceptación de la expresada prohibición conduciría a invalidar el cumplimiento de la voluntad del testador, aparte de que el acceso

a la vía judicial no le puede ser prohibido cuando no se trata de quebrantar o anular la voluntad del testador, y si solo de que -- tenga más debido y efectivo cumplimiento".

La sentencia de 12 de noviembre de 1964: en el caso de autos - la cláusula prohibitiva "habría de reputarse contraria a derecho, no pudiendo ser sancionada la recurrida por utilizar el único medio adecuado para el logro de sus justas pretensiones".

Y por último encontramos una afirmación semejante en la S. de 8 de noviembre de 1967 al decir en uno de sus considerandos que - "se trata de una cláusula de aquéllas que han sido muchas veces - moderadas en su rigor literal por una jurisprudencia amparadora - de los herederos y legatarios claramente perjudicados".

Tiene también interés la sentencia de 12 de diciembre de 1959, que establece que es ilegal la prohibición de intervención judi - cial cuando el testador, con sus disposiciones, infringe la ley, y quiere coaccionar a sus herederos para que se conformen con --- ellas (8 bis).

3. LA PROHIBICION Y EL HEREDERO O LEGATARIO

QUE ACCIONA POR OTRO TITULO

Finalmente, vamos a estudiar un caso concreto de la jurisprudencia en el que se presenta el problema de si un acreedor que es

nombrado legatario en el testamento que inserta la cláusula prohibitoria puede promover el juicio de testamentaría o, en general, la intervención judicial.

En la sentencia de 2 de diciembre de 1929, los hechos eran -- los siguientes. Don Alvaro A.O. falleció bajo testamento otorgado ante notario por el que instituyó por su único y universal heredero a su hermano don Ramón, haciendo un legado a su hermano don -- Luis consistente en un anillo de brillantes, un reloj de oro y -- una cadena, y la mitad de los muebles pertenecientes al testador, disponiendo en la cláusula 15 que "si cualquiera de las personas interesadas en este testamento formulare reclamación judicial contra lo dispuesto en el mismo, se le tendrá *ipso facto* sin derecho alguno a todo lo que resultase a su favor en virtud de la prece -- dente disposición testamentaria". En la cláusula 16 prohibía toda intervención judicial.

Don Ramón tomó las medidas necesarias para la práctica de las operaciones de división y adjudicación de bienes, y como don Luis tenía contra su fallecido hermano don Alvaro un crédito resultante de unas letras a la orden del Banco Español de Crédito a cargo de aquél y que no habían sido pagadas por el mismo, trató de promover el juicio universal de testamentaría con el carácter de acreedor de don Alvaro, ante el Juzgado de Valladolid, el cual entendió que esas letras no eran suficiente título para justificar ese carácter y se declaró no haber lugar a promover el juicio.

Don Ramón, entonces, a quien el testador había nombrado lega-

tario, en vista de la promoción del indicado procedimiento e invocando el art. 675 del Cc. y diferentes sentencias del Tribunal Supremo, pidió se dictase sentencia declarando sin efecto el legado. Don Luis se opuso a la demanda haciendo constar que en la cláusula 15 sólo se decía que se le privaría de lo que le correspondiera por la herencia si procedía "contra lo dispuesto en el testamento", pero nada más; y en la 16 prohibía toda intervención judicial; pero no condicionaba la prohibición de esa cláusula en forma alguna; y, que por consiguiente y como él tenía créditos contra la testamentaria, intentó por la vía legal hacer efectivo su derecho sin contradecir lo que se disponía en el testamento, que por tanto no había infringido en modo alguno.

El Juzgado y la Audiencia declararon que quedaba sin efecto - el legado, y habiendo recurrido don Luis en casación (9), el T.S. confirma las sentencias de primera y segunda instancia explicando que hay aquí un supuesto de interpretación de la voluntad del testador, hecho que resulta manifiesto del sentido literal del testamento en cuestión, como de la intención del testador que revela - el texto de que en la distribución de su herencia no interviniera la autoridad judicial, y para la efectividad de esta prohibición se nombraba testamentario-contador y partidor con las facultades que señala el art. 1057 del Cc., privando de todo derecho a obtener lo que resultare a su favor en virtud del mismo testamento a quien formulare reclamación judicial que contradijera la terminante prohibición consignada en la precitada cláusula decimosexta, porque según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, para apreciar la intención del testador ha de tenerse en cuenta el con

junto de las cláusulas del testamento, relacionándolas debidamente, para deducir del examen del conjunto, con la necesaria fidelidad, cuál fuese el pensamiento que inspiraba la voluntad del que es soberano legislador en cada uno de los preceptos en que su ley aparece necesariamente dividida para mayor claridad del conjunto, "y como la mencionada prohibición de intervención judicial en la testamentaría se veía que era general y compendiosa de su clarísimo texto es evidente que la sanción establecida para el infractor en la cláusula decimoquinta debe recaer sobre cualquiera de las personas interesadas en el testamento, una el legatario don Luis, si éste infringía la mencionada prohibición general".

"La mencionada prohibición no se opone a ley alguna, sino que más bien se encamina al laudable propósito, bien revelado, de que los herederos y legatarios entre los que se quiere distribuir los bienes de la herencia no pudiesen interferir el ejercicio de las facultades conferidas al comisario-partidor, por lo que al promover el juicio voluntario de testamentaría y como medida urgente, el que se acordara la anotación de la incoación del mismo en el Registro de la propiedad, es evidente que esta solicitud constituye expresamente la de que fuese intervenida judicialmente la distribución de los bienes de la testamentaría del causante, que fue precisamente lo que prohibió en ejercicio de su derecho y voluntad soberana el testador, y lo mismo se infringía tal prohibición promoviendo la testamentaría, salvo los que según el art. 1038 de la Lec. tienen la condición de parte legítima para promover el correspondiente juicio necesario, porque siempre resultaría manifiesta la infracción de la prohibición, sancionada con la privación

ción de los derechos que de su exclusiva voluntad se habían conce
dido en el propio testamento y la indiscutida validez obligaba a
respetar la cláusula prohibitiva de intervención judicial en la -
testamentaría o a someterse a quedar privado de aquellos benefi -
cios con que el causante le había favorecido, sin que en ningún ca
so resultara agravio para los derechos que como acreedor pudiera -
corresponder a cualquier tercero contra el causante por título --
distinto y anterior al testamento por lo que se podría ejercitar
en procedimiento adecuado la acción de que puedan hallarse asisti -
dos, o bien en el procedimiento de testamentaría que como acree -
dor no llegó a iniciarse, pero sometido en este último caso a la
sanción que previamente hubiera impuesto el testador a todos los
que por él fueron voluntariamente favorecidos, y que no repetasen
la eficacia de la terminante prohibición contenida en la menciona -
da cláusula, antes bien contraviniéndola, se permitieran llevar -
la testamentaría al conocimiento de la autoridad judicial".

Esta sentencia es importante porque diferencia la prohibición
de promover el juicio de testamentaría, de las demandas que se --
presenten frente a la herencia por otro concepto. La sentencia no
dice que el legatario acreedor no pudiera presentar demanda para
el cobro de su crédito, sino que lo que no podía era promover el
juicio voluntario de testamentaría, ni siquiera como acreedor de
la herencia.

La sentencia supone un castigo total para el legatario que in
tentó el juicio de testamentaría, y no da ninguna trascendencia a
que el legatario promoviese el juicio como acreedor, o sea sin re

lación con los derechos que se le atribuyeron en el testamento. Es una sentencia muy rigurosa porque las cláusulas sancionadoras son de interpretación restrictiva y la intención de sancionar al legatario no se ve en las cláusulas del testamento, que sólo es - tán escritas con el designio de proteger y conservar las disposiciones testamenarias, y al promoverse el juicio de testamentaría estas disposiciones no eran atacadas ni impugnadas por el legatario.

Ahora bien: el juicio de testamentaría es muy costoso y una molestia muy grave para el heredero, y el T.S. se ve que interpretó que el testador no quería que se molestase ni que se intentase molestar a aquél. El legatario, en realidad, no había conseguido promover el juicio porque el juzgado declaró no haber lugar a --- ello, pero se aplicó el castigo a la tentativa de promover el juicio, siendo ésta una sentencia bastante dura y severa para el legatario que a la vez es acreedor, pues cualquier otro acreedor, - si lo admitía el tribunal, hubiera podido promover el juicio, y - al que perdió este pleito no se le toleró intentar dicha promoción sin sancionarle, aunque no discutía las disposiciones testamentarias.

III

IMPUGNACION DE LA PARTICION REALIZADA POR EL ALBACEA.

1. PLANTEAMIENTO.

Como ya se vió al describir el supuesto de esta tesis, son -- frecuentes las cláusulas testamentarias que imponen la obligación de pasar por la decisión de los albaceas o contadores partidores, sancionando al instituido o legatario con la privación de dere -- chos sucesorios, o reducción eventual a la legítima estricta, en caso de cualquier reclamación judicial suya en relación con la he -- rencia.

Así, al repasar la jurisprudencia, se encuentran cláusulas -- testamentarias redactadas en estos términos:

"Nombro albacea-comisario, contador y partidador a D..., a quien autorizo ampliamente para la práctica de todas las operaciones --

particionales, avalúo, liquidación y adjudicación; y obligo a todos los interesados en la herencia a estar y pasar en absoluto -- por dichas operaciones, aunque alguno de ellos se creyera perjudicado. (S. 30 noviembre 1910).

"Nombro albaceas testamentarios, con amplias y solidarias facultades para practicar privadamente las operaciones de inventario, avalúo, cuenta, división, adjudicaciones y demás particionales; cobrar, pagar, vender, cancelar, contratar, cumplir lo aquí dispuesto, resolver dificultades y reclamaciones que se susciten, perdiendo el heredero que no pase por ello su parte en la herencia, con prohibición de que intervenga en ella la justicia, a mis amigos D..." (S. 29 enero 1955).

2. LA FACULTAD DEL ALBACEA DE INTERPRETAR EL TESTAMENTO

Pues bien, siendo el albacea el encargado de velar y ejecutar el testamento, es evidente que, para realizar tal misión, necesita averiguar la voluntad que cumple; está facultado por el propio modo de ser de las cosas para interpretar el testamento, sin necesidad de que le sea conferida por el testador esta especial facultad, por lo que podríamos calificar a ésta de instrumental o secundaria por estar al servicio de la que podríamos llamar principal de ejecutar el testamento y velar por tal ejecución. Así lo ha puesto de relieve, entre otros, ROCA SASTRE, y en principio no

cabe negarlo sino en el caso de que el testador dispusiese que -- sea el albacea el que ejecute, pero que si existe algún punto dudoso en su voluntad, sea otra persona la encargada de determinar el verdadero sentido.

Pero aunque la facultad de interpretar corresponda normalmente al albacea sin necesidad de que ello se mencione expresamente, es frecuente que los testadores la confieran de manera específica, mediante cláusula expresa, y el T.S., en reiterada jurisprudencia, ha establecido que tal concesión es válida (ver sentencias ya --- transcritas de 21 de marzo de 1902, 29 de enero de 1955). Tal concesión específica, que a la vista de lo expuesto no tiene normalmente mayor utilidad para lo que el albacea ha de ejecutar, puede tenerla cuando alcance incluso a partes del testamento ajenas a su misión, pues entonces interpretar estas cláusulas no le correspondería naturalmente; así, si nombrados varios albaceas con diferentes encargos, dispone el testador que sólo uno de ellos tenga poder de interpretar.

Como señala ALBALADEJO, cuya obra seguimos en lo sucesivo en este punto, cuando el albacea realiza una cierta interpretación -- bien en uso de su facultad interpretativa natural, bien en la -- que especialmente le hayan conferido la ley o el causante (hasta, por ejemplo, diciendo que prevalecerá en todo caso la interpretación dada por aquél), puede ocurrir que tal interpretación sea la correcta y única posible a tenor de las reglas interpretativas -- que el Cc. establece, o bien que sea inadmisibile a tenor de estas, o que sea una de las posibles si es que la declaración testamenta

ría es susceptible de varios sentidos. En el primer caso, la in -
terpretación del albacea prevalecerá, no por ser la suya sino por
que recoge el sentido correcto. En el segundo caso, deberá ser --
desechada lógicamente a pesar del poder interpretador del albacea
-ya que sería desecheda hasta aquella interpretación realizada --
con evidente error por los tribunales inferiores- porque este po-
der es, sin duda, para buscar el verdadero sentido de la declara-
ción, pero no para soslayarlo bajo pretexto de tal poder, cosa --
que es inadmisibile objetivamente, y que subjetivamente el testa -
dor no ha podido querer, y que aun admitiendo, a efectos de argu-
mentación, que lo hubiese querido, no podría aceptarse en nuestro
Derecho positivo, en el que tanto valdría como dejar el testamen-
to al arbitrio de tercero, ya que lo mismo da que otro pueda dis-
poner por nosotros que, haciéndolo nosotros, otra persona pueda -
darle otro sentido, como ya aclaró la sentencia de 23 de noviem -
bre de 1899. Concluye ALBALADEJO que la interpretación del alba -
cea debe mantenerse hasta que los tribunales no declaren que no -
recoge el espíritu del testamento. De ahí la virtud práctica del
poder interpretativo conferido y el que haya que aceptar la inter -
pretación hasta que no prospere su impugnación.

En el tercer caso señalado también, en opinión de ALBALADEJO,
prevalecerá la interpretación del albacea; ya que es esa otra vir -
tud de su poder interpretativo, la de decidir cual debe prevale -
cer de entre varias interpretaciones posibles.

Interpretado el testamento por el albacea, no hay por qué pre -
sumir, ni la equivocación al averiguar el verdadero sentido de la

declaración, ni que lo haya deformado dolosamente, y por otra parte tiene aquél la facultad de buscar ese sentido. Por tanto, debe admitirse, en principio, como válida, la interpretación que el albacea dé, hasta que no sea impugnado victoriosamente por los interesados. En este extremo ha insistido reiteradamente la jurisprudencia estableciendo en términos generales que la interpretación del albacea crea un estado de derecho salvo que no se lleve a los tribunales la cuestión de que sea recta o desacertada. Impugnada victoriosamente la interpretación del albacea, prevalecerá la que estime más apropiada el tribunal (10), ya que la del albacea ha de seguirse, no porque deba prevalecer por sí, sino porque salvo prueba en contrario no tiene porqué estimarse desacertada. Pero una vez demostrado el error del albacea prevalece la interpretación acertada, ya que la del albacea debe, como, cualquier otra, realizarse, no a tenor de su pura y libre voluntad, sino ajustándose a la ley y buscando el verdadero espíritu del testamento.

En conclusión, las dos posibilidades vistas, es decir, la de que prevalezca la interpretación del albacea aun siendo posibles otras, y la de que aun siendo inadmisibles prevalezca hasta su impugnación, son las únicas preferencias otorgables a la interpretación realizada por éste, y a ellas quedan reducidos todos los mandatos que el causante pueda haber establecido sobre que a su testamento se le tome en el sentido que le dé el albacea, pues a pesar de todo la interpretación hecha por él es atacable como cualquier otra, y son aplicables a ella los mismos remedios para llegar a anularla, si no se ajusta a las reglas que sobre interpreta

ción da el Cc.

3. LA CLAUSULA PROHIBITORIA Y LA INTERPRETACION DEL ALBACEA

Según ALBALADEJO, la cuestión de si el causante puede imponer de forma irrecusable a todos los interesados la interpretación - que del testamento haga el albacea, se reduce lógicamente al círculo de sucesores y beneficiarios de la herencia en general y siempre dejando a salvo la legítima, pues en cuanto afectase a ésta la interpretación dada por el albacea, ésta sería atacable, por lesionar la legítima. A las demás personas no cabría imponer esta interpretación; así, por ejemplo, a los acreedores.

Es fundamental aclarar como hace PUIG FERRIOL (11) que se trata siempre de interpretación, y no de calificación jurídica, ya - que ésta no puede imponerla el testador si discrepa de la realidad de que se trate en el caso concreto, luego es lógico que no - pudiendo ni siquiera el testador imponer la calificación que de - see, con menos razón podrá imponerse la que estime el albacea.

Aun más, la interpretación dada por el albacea, aunque el testador haya establecido que se acate inapelablemente, es impugn - ble incluso por los sucesores voluntarios, ya que no se trata de que contra lo dispuesto por el causante sólo puedan alzarse los - legitimarios, sino de que los herederos voluntarios pueden hacerlo también contra una interpretación que no se ajusta a lo esta -

blecido por el causante.

Insiste ALBALADEJO en que no cabe alegar que éste hubiera "renunciado" a su verdadera voluntad para el caso de que el albacea no la interpretase correctamente, ya que, como hemos dicho, el -- testador no puede hacerlo, pues ello equivaldría a dejar el testamento al arbitrio de terceros -cosa que la ley prohíbe-. Ni, realmente, al establecer la inimpugnabilidad de esta interpretación, puede suponerse que el testador la desee inapelable, sino frente a otra que intentaran hacer prevalecer los interesados, pero no - frente al propio espíritu que él declaró en su testamento, ya que contrapuestos este espíritu y la interpretación del albacea debe prevalecer siempre el primero, porque como ya se ha dicho la inapelabilidad de aquélla no es querida por el testador, frente al - propio espíritu del testamento. Y, además, porque, aun admitiendo hipotéticamente -cosa que la ley prohíbe en el artículo 670 Cc.- que se deje lo querido al arbitrio del albacea, al haber en el testamento dos voluntades contradictorias (la de las disposiciones que el testador establece y la de que se acate la interpretación dada por el albacea), habría de triunfar la que se contiene en las disposiciones establecidas por el testador.

Plantea el citado autor la cuestión de si pudiendo el causante disponer cómo y bajo las modalidades que quiera -siempre y --- cuando no se lesione la legítima-, puede por ello establecer que cuando hay sólo herederos voluntarios, a éstos no les quepa recurrir contra la interpretación del albacea. La respuesta es negativa. La falta de legitimarios, lo que justifica, en realidad, es -

sólo la facultad de disponer libremente el testador, sin que pueda servir de apoyo a la libertad del albacea para interpretar el testamento contra el espíritu que el testador quiso encerrar en él.

Una vez aclarado que es impugnabile por todo perjudicado la interpretación desacertada del albacea, queda por dilucidar, dentro de la cuestión que fundamentalmente nos interesa el problema de - si tal impugnación pudiera producir para el impugnante la sanción que el testador eventualmente haya podido establecer al prohibir en términos generales la impugnación de su testamento, o la intervención de los tribunales, o la formación del juicio voluntario de testamentaría, o cualquier reclamación judicial en relación -- con la herencia, etc.

Al establecer el art. 675 del Cc. que "el testador no puede - prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley", tampoco -entiende ALBALADEJO- podrá prohibir que se impugne o ataque la interpretación dada por el albacea cuando ésta discrepe de lo establecido en el testamento, de manera que en caso de establecerse tal prohibición habría que tenerla por nula. Por ello, y a pesar de dicha prohibición, cualquier interesado tiene siempre abierto el camino para atacar la interpretación incorrecta del albacea, no afectándoles por consiguiente la sanción establecida por el causante. Por el contrario, sí les afectaría esta sanción cuando la prohibición y su correspondiente castigo hayansido establecidos por el causante para aquél que recurra ante los tribunales contra la interpretación razona -

ble del albacea con el propósito de imponer su propia interpretación y la impugnación encaminada realmente a este fin se haga; como no puede ser menos, ya que la impugnabilidad de la interpretación procede de su discrepancia con la verdadera voluntad del causante, y no con el sentido que entienda un tercero que debe de -- dársele bajo el pretexto de ir dirigida contra una interpretación del albacea supuestamente infractora del espíritu del testamento.

Así lo ha entendido la jurisprudencia del T.S. en varias sentencias. Así en la de 27 de febrero de 1907. En el caso de esta sentencia la cláusula 10a del testamento en litigio decía textualmente: "Prohibo que mis herederos susciten contienda ni reclamación alguna judicial, resolviendo amigablemente entre ellos cuantas dificultades surgieran en la testamentaría, o encomendándolas a los testamentarios, pues si por cualesquiera causas promoviesen cualquier especie de juicio que dijere relación con la herencia, el que tal hiciese perdería la parte que le correspondiese, acreciendo en los demás que se conformen". La sentencia estableció en su considerando primero que "prohibición como la contenida en la cláusula 10a del testamento de don F. V., de que los herederos -- suscitaran contienda judicial, sancionando con la pérdida de la parte de herencia que les dejaba el hecho de promover cualquier especie de juicio que dijere relación con la herencia, no debía entenderse tan absoluta y estrictamente que, por razón de ella, no pueda un heredero perjudicado por otros coherederos o por los albaceas, recurrir a los tribunales en demanda de reparación cuando esta demanda se apoya en la misma voluntad del testador para pedir su cumplimiento, pues de otra suerte podría burlarse por un medio o por otro dicha -

voluntad, poniendo algún heredero en el trance de tener que consen
tir su infracción, lo cual revestiría además a la prohibición de
un carácter de inmoralidad opuesto a los principios que informan
los preceptos legales, lo mismo en materia de contratación que de
últimas voluntades, y contradiría la misma disposición testamenta
ria, ya que cuando un testador es libre para dar a uno o no parti
cipación en su herencia no se puede presumir que quiera por tal -
medio anular su misma voluntad".

En el mismo sentido la S. de 29 de enero de 1955. En la cláu
sula 6a del testamento litigioso se decía: "nombro *albaceas testamen*
tarios, con amplias y solidarias facultades para practicar privada
mente las operaciones de inventario, avalúo, cuenta, división, ad
judicaciones y demás particionales; cobrar, pagar, vender, cance
lar, contratar, cumplir lo aquí dispuesto, resolver dificultades
y reclamaciones que se susciten; perdiendo el heredero que no pase
por ello su parte en la herencia, con prohibición de que interven
ga en ella la justicia; a mis amigos don V.G.R. y don F.C.G.

La sentencia establece en su considerando 4º "que establecien
do el párrafo 2º del art. 675 del Cc. que el testador no puede pro
hibir la impugnación de su testamento cuando en él se presume que
se da una nulidad declarada por la ley, fácilmente se deduce que
la cláusula 6a contenida en el otorgado por don V.V.G. carece de -
eficacia para privar a la actora doña A.F.F. de su derecho al ac
ceso a la vía judicial... cuando , como exponen las sentencias --
dictadas por esta Sala en 7 de enero de 1907 y 15 de febrero de -
1911, no se trata de quebrantar o anular la voluntad del testador,

y sí sólo de que tenga más debido y efectivo cumplimiento, como -- también expresa la de 21 de marzo de 1902, lo consignado en la -- partición de los albaceas y fue designio de la voluntad del testador" (12).

4. LA INFRACCION DE LAS REGLAS DE LA PARTICION.

Una sentencia anterior al Código civil completa la doctrina y nos ilustra sobre un nuevo problema al dictaminar que la prohibición de la intervención no obsta para que los interesados reclamen contra los abusos de los albaceas, ni aquéllos están obligados a respetar las reglas del testador si resultan perjudicados -- en sus legítimas. De manera que si los albaceas contadores-partidores infringen las reglas de la partición, que desde 1889 son -- las del Código, los herederos podrán reaccionar contra ellos aunque el testador haya establecido en su testamento la cláusula prohibitiva de intervención judicial, y sobre todo los legitimarios podrán reaccionar contra las disposiciones del testador o de los albaceas que perjudican sus legítimas.

Tal sentencia, de 26 de octubre de 1886 establece que "no infringe la voluntad de la testadora, ni la jurisprudencia que se -- cita al promover el recurso de casación, porque, aun en la hipótesis de que dicha testadora hubiera podido investir libremente al albacea de amplias facultades para ejecutar la partición, prohibi -

bir la intervención judicial y vedar a los herederos, bajo la pena que expresa promover litigios y crear dificultades al partidor, - nunca justificarían tales prevenciones los abusos que en el desempeño de su cargo cometiera éste, ni obstaría a los interesados para reclamar contra ellos; y una vez demostrados, como a juicio de la Sala sentenciadora lo están, no es la sentencia recurrida, sino el propio albacea, el infractor de aquella última voluntad".

NOTAS

(1) Es importante señalar que mientras la Lec. de 1855 daba al juicio el carácter de necesario cuando era promovido por los acreedores, la de 1881 modifica este carácter confiriéndole el de voluntario.

(2) Vol. I, pág. 157.

(3) El profesor LACRUZ resume la discusión exponiendo que al no establecer el artículo 1051 una concreta limitación temporal, hay autores, como ROCA SASTRE y GITRAMA que creen que podrá imponerla por tiempo indefinido. Contrariamente SANCHEZ ROMAN y FERRANDIS la limitan al plazo de diez años. MUCIUS - SCAEVOLA, aplicando por analogía el segundo párrafo del art. 400 en toda su extensión fija la amplitud temporal en 20 años.

Los autores que limitan la prohibición de dividir al plazo de diez años se apoyan en la aplicación analógica del art. 400 del Cc.; los que la amplían rechazando la aplicabilidad del citado precepto, estiman que el art. 1051 constituye una regla especial, y que si bien a la división de una comunidad ordinaria del tipo de la copropiedad se aplican las reglas de la herencia (art. 406), no hay en el Cc. ningún precepto que obligue a aplicar a la herencia todas las reglas de la comunidad ordinaria. GITRAMA apunta, además, que cuando el art. 392 dice que a falta de contratos, y de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título, alude entre esas disposiciones especiales a las emanadas de un testador. Finalmente, que el artículo 1051 es una regla especial podría deducirse asimismo del proyecto de 1851, donde -- falta una norma como la que estudiamos: al contrario, no permitía al testador prohibir la división. La regla nueva que ha establecido nuestro Código persigue unas finalidades concretas que no podrían acaso cumplirse si existiera la limitación temporal del art. 400; y si en el segundo párrafo del propio artículo 1051 hay una limitación temporal específica, sin alusión alguna autónomamente y sin ponerlo en relación con el relativo a la copropiedad, dirigido a resolver cuestiones distintas.

(4) Es también importante la sentencia de 22 de enero de 1898 en la que se hace constar en uno de sus considerandos "que el artículo 1056 del Cc. confiere al testador de un modo absoluto, sin distinguir el que tiene herederos forzosos del que no los tiene, la facultad de hacer por acto entre vivos y por última voluntad la partición de sus bienes, y prescribe además que se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos; lo que también es aplicable a la partición que, con arreglo al testamento, verifique la persona a quien, conforme al artículo 1057 del Cc., haya encomendado aquél esta facultad, ya que es principio general de derecho que los actos ejecutados por el comisario dentro de sus facultades, tienen la misma fuerza y eficacia que los realizados por el comitente, y se reputan, para todos los efectos jurídicos, como practicados por este; bajo tales supuestos, tanto la partición hecha por el testador como la realizada por las personas en quienes hayan delegado sus facultades, es desde luego un acto válido, cuya validez estriba en las disposiciones legales que la autorizan, y no en el consentimiento de los interesados, los cuales forzosamente habrán de pasar por ella, salvo en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, y no altere la hecha por el comisario, los derechos que se derivan del testamento, que es ley primordial en la materia; mientras dicho perjuicio no se justifique y declare judicialmente, o, lo que es lo mismo la partición no se rescinda por esta causa o por otra, no puede menos de estimarse subsistente, sin necesidad de que los herederos forzosos la aprueben con su consentimiento. Porque sobre que el Cc. no exige este requisito, ni les da ninguna intervención, cuando son todos mayores de edad carecería de sentido jurídico, y holgaría además la frase "se pasará por ella" si *a priori* y en todo caso, hubiera de requerirse dicho consentimiento, y resultaría, al fin, ilusoria aquella facultad, ya que no serían entonces el testador o el comisario los que hicieran la partición, sino los propios herederos; que a tanto equivaldría en sustancia la previa manifestación de su conformidad, y aun cuando en varias resoluciones de la propia DGRN, se consignó la doctrina de que, para que respecto a los herederos forzosos surtiera efecto la partición hecha por el testador, era necesario que todos ellos manifestaran su conformidad, hay que tener en cuenta que dichas resoluciones se decretaron con referencia a particiones practicadas con arreglo a la legislación anterior al Cc.; mas después de publicado éste la DGRN estableció la doctrina de que en el caso de ser todos los interesados mayores de edad, puede el contador desempeñar su cometido por sí solo, al propio tiempo que dicho artículo 1057 en relación con el 1056, autoriza a los testadores para encomendar la simple facultad de hacer la partición de sus bienes a cualquier persona que no sea heredero, debiendo pasarse por ella aunque existan interesados menores de edad, con solo que en este caso el comisario inventaría dichos bienes con citación de todos los coherederos, acreedores y legatarios, de donde se infiere que si en el caso de haber menores de edad, debe pasarse por la partición con solo que el comisario haga la referida citación, con mayor motivo debe pasarse por ella cuando todos los interesados sean mayores de edad, sin exigir otro requisito como sería la aprobación de los herederos. No obstante dicha facultad y la legalidad de los actos efectuados en su ejercicio, el heredero que tema verse perjudicado en su legítima, puede, para evitar el perjuicio promover en cualquier tiempo, a tener del artículo 1038 de la Lec, el correspondiente juicio de testamentaría, conforme la doctrina que este T. S. tiene establecido.

(4^b) "La sentencia de la Audiencia de Pamplona, objeto del presente recurso, no infringe, como se supone en el primero de los motivos alegados, la cláusula 10 del testamento otorgado por don M.Z.; porque si bien puede el tes-

tador prohibir la promoción del juicio voluntario de testamentaría, esta prohibición únicamente alcanza a los herederos voluntarios y a los legatarios de parte alícuota, y de ningún modo puede ser extensiva a los herederos forzosos, como son los hijos por razón de su legítima, en la cual suceden con y sin la voluntad de los padres, y lá tienen que percibir libremente sin ningún gravamen ni condición, como prescribe el artículo 813 del Cc., lo cual no acontecería si se limitase por el testador el ejercicio legítimo que la ley concede a los herederos forzosos para promover el juicio voluntario de testamentaría, y siendo por lo tanto contraria al precepto legal la prohibición impuesta por el testador, no puede en este punto ser su voluntad la ley en la materia".

"Cuando lo discutido y resuelto en el litigio se reduce únicamente a si las facultades conferidas a los albaceas para liquidar y dividir el caudal yacente, sin la intervención de la autoridad judicial, y prohibiendo la promoción del juicio de testamentaría, impiden o no a los herederos legítimos el derecho que les confiere el artículo 1036 de la Lec., sin discutirse ni negarse las demás facultades de los albaceas, ni las causas por las que termina el albaceazgo, ni quién haya de cumplir en este caso la voluntad del testador; el derecho que otorga a los testadores en general el artículo 1057 del Cc. para encomendar la simple facultad de hacerla partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos, en nada altera ni modifica el derecho de los herederos legítimos para promover el juicio voluntario de testamentaría sin que pueda sostenerse que dicho artículo haya venido a modificar los derechos de los legitimarios".

(5) Por lo que se refiere a los antecedentes históricos de esta disposición, ya la Novísima Recopilación, ley 10, título XXI, libro X, decía que "Con el fin de evitar que el caudal de los pupilos y huérfanos se disipase en diligencias judiciales y en costas, que por lo común causaban los llamados Padres generales de menores y Defensores de ausentes, cuyos oficios por gravosos se han consumido en muchos pueblos del reino; adopto el mi Consejo el medio de -- conceder permiso a los testadores para que , luego que fallezcan, formen los -- aprecio, cuentas y particiones de sus bienes los albaceas, tutores o testamentosarios que señalen, como sujetos imparciales, íntegros y de su total confianza y he venido a declarar, que esta providencia sea extensiva y sirva de regla general para iguales casos, en que los contadores de cuentas y particiones, a -- pretexto de las facultades concedidas en sus títulos, soliciten privar a los -- testadores de las que tienen para nombrar contadores o partidores que dividan las herencias entre sus hijos menores, cuya libertad se les debe conservar".

(6) La R. de 25 de noviembre de 1893, establece respecto a esta innovación la doctrina de que en la partición de herencia en que no figuren menores de edad, basta que sea aprobada por el consejo de familia, después de haber éste autorizado al tutor para proceder a dicha partición, siendo innecesaria por tanto la aprobación judicial.

No obstante una serie de sentencias del T. S. --así, por ejemplo, la de 1 de febrero de 1906-- contradijo la doctrina sostenida por la D.G.

El T. S. --decía MANRESA-- atiende exclusivamente a la letra de los preceptos del Código y la D.G. a su espíritu, que se revela principalmente en la facultad concedida al consejo de familia para autorizar los actos de enajenación y gravamen de los bienes de los menores sujetos a tutela como se desprende del artículo 269 del Cc., siendo como es en definitiva la división de la herencia

un acto de disposición o enajenación. Hay que decir también que si la aprobación judicial es un acto meramente formulario como afirma el T. S. viene este en la práctica a dejar más indefensos a los menores, al sustituir la inspección del consejo de familia por la mera fórmula de presentación y aprobación del juzgado. No obstante y aunque de modo indirecto, la sentencia de 30 de octubre de 1941 viene a suponer una rectificación de la doctrina del T. S. al declarar que "autorizado un tutor por el consejo de familia para otorgar la escritura de compromiso, la partición llevada a cabo no tiene que ser intervenida por el Ministerio fiscal".

(7) R. 5 octubre 1893. "La circunstancia común a los artículos 1056 y --- 1057 del Cc. de hallarse interesados menores de edad en las particiones hechas por los testadores mismos o por medio de comisario, en orden a la necesidad de aprobación judicial establecida en el artículo 1049 de la Lec., es cuestión solucionada por el reiterado criterio establecido por la DGRN, ya que "la segunda parte del artículo 1057, deja ver claramente la intención del legislador, - porque al ordenar la observancia de su contenido, aun habiendo entre los coherederos algún menor de edad o sometido a tutela, determinando a su vez que en este caso el partidor hará inventario de los bienes de la herencia, con citación de coherederos, acreedores y legatarios, da a entender que basta el cumplimiento de este requisito. Observándose con facilidad que su fin no fue otro que el de evitar gastos y dilaciones, a los menores en un caso en que el legislador ha de respetar la voluntad del testador, por presumirse que este nombró a una persona de toda su confianza".

Señala la sentencia de 28 de diciembre de 1896 que el testador tiene amplia facultad de hacer por sí o de encomendar a otro la partición de sus bienes sin más limitación que la general de no perjudicar las legítimas de los herederos forzosos, y de no dar este encargo a uno de los coherederos, según disponen los artículos 1056 y 1057 del Cc., y lo sancionan el artículo 1046 de la Lec. y la Jurisprudencia del T. S. Si el artículo 1039 de aquella permite a -- contrario sensu a los herederos forzosos promover el juicio de testamentaria, y dentro de él los interesados deben proceder al punto de nombramiento de contadores con arreglo al artículo 1070, ambas disposiciones están subordinadas a la especialidad de lo ordenado por el testador, de conformidad con los artículos antes citados; en consecuencia, el auto por el que se manda proceder al -- nombramiento de contadores, en la forma determinada en el artículo 1070 de la Lec., prescindiendo del nombrado por la testadora al que deben someterse todos los herederos salvo los recursos de los forzosos, en cuanto se perjudiquen sus derechos legitimarios, infringe las leyes mencionadas y además la doctrina de los artículos 1058 y 1059 del Cc. 1039, 1046 y 1073 de la Lec."

(8) ¿Se reduce, pues --se pregunta MANRESA--, la misión del juez a desempeñar un papel puramente pasivo, aprobando particiones en las que se infrinja la ley o se perjudiquen los intereses que a él le incumbe defender?. ¿Se trata solamente de aumentar un requisito inútil y costoso que no acarrea ventajas para nadie? ¿O realmente aquellos a quienes la ley encomienda la defensa de los intereses de los menores e incapacitados deben velar por éstos y prestar solo su consentimiento cuando la partición les sea realmente beneficiosa y esté practicada legalmente?.

Para el autor citado falta en realidad un precepto que resuelva el caso --terminantemente, o en su defecto una jurisprudencia unívoca que imponga la so-

lución que debe prevalecer, pero a nosotros nos parece indiscutible la solución afirmativa.

(8^b). En el caso de esta sentencia una madre, viuda, había dispuesto en su testamento entre sus hijos no sólo de sus bienes sino de la parte de gananciales de su marido. "No obstante consignarse en la cláusula tercera del testamento otorgado por la madre de quienes contienden, que se usa de la facultad que confiere el artículo 1056 del Cc., (...) pero consciente, a pesar de ellos, de la realización del acto para el que no estaba autorizada por la ley, ya que -- preve en la cláusula séptima, que lo hecho puede carecer de efectividad por -- disconformidad de alguno de sus hijos -- a su vez, herederos legitimarios de su padre -- por haber dispuesto de los bienes de la sucesión de éste. Y para tal -- evento, nombra contadores partidores a quienes encomienda realizar la partición, cuyo supuesto de disconformidad lo muestra la acción ejercitada en el -- proceso a que esta resolución pone fin, y en el que por el Tribunal de instancia se declaró la realidad interesada en la demanda en atención a los principios que rigen, tanto el derecho de disposición, limitado a los bienes propios, como el de los herederos legitimarios a quienes pertenece por ministerio de la ley desde el momento de la muerte del causante, desestimando a su vez la sala sentenciadora la reconvencción formulada por los demandados, hoy recurrentes, -- que fundaron en la cláusula quinta del testamento y en la que textualmente se consigna: "Prohibo la intervención judicial en mi testamentaría, y si alguno -- de mis herederos la promoviese o no se conforma con la partición que dejo hecha de mis bienes y de los de mi esposo, por ese mero hecho quedará privado de toda participación en los tercios de libre disposición y mejora, que acrecerá a los sumidos y conformes", entendiendo que esta cláusula debe ser respetada -- en los términos que expresa y procediendo en consecuencia, la declaración que interesaron, de que los actores quedaban privados de los tercios de libre disposición y mejora, por su no acatamiento -- condición esencial para tener ellos derecho -- a lo hecho por la testadora, y cuya sanción debía ser respetada, siendo definitiva la valoración de lo dispuesto en la transcrita cláusula quinta, el limitado tema que a la casación se trae en el presente recurso.

El T. S. confirma la sentencia de instancia en la cual se rechaza la licitud de la cautela sociniana, confirmando "la conceptuación que al tribunal *a quo* merece la condición que la cláusula quinta impone a los herederos, de que para percibir los tercios de mejora y libre disposición habían de acatar lo dispuesto por la testadora con los bienes que por sucesión legítima de su padre ya les pertenecían y sobre los que le estaba vedado disponer, reputándola -- contraria a las leyes, y, en consecuencia, como no puesta ni perjudicial a los herederos.

La prohibición de impugnar el testamento en esta sentencia se considera -- como formando parte de la obligación impuesta a los herederos de aceptar la -- partición hecha por la madre incluyendo bienes del padre. Según la sentencia -- "la condición impuesta a los herederos, de que habían de aceptarla so pena de perder lo que en los tercios de mejora y libre disposición les correspondiere, ha sido acertadamente calificada por el Tribunal *a quo*, como contraria a las leyes, y ello porque, si toda condición es, en definitiva, sólo medio para la consecución de un fin, necesariamente ha de verse influenciada, imprimiéndole carácter, por una doble circunstancia: la de la licitud sustancial del acto y omisión de aquélla que en sí consistía, y la del designio o propósito que con su cumplimiento pretenda conseguir quien la impone, de tal suerte que tanto si lo primero es contrario a derecho, como si la finalidad perseguida es hacer posible lo que la ley no permite realizar es evidente que la condición que se diri

ja a tan arbitrario fin habrá de reputarse contraria a derecho, y por ello como no puesta ni de posible perjuicio de quienes, al no poder obtener tal declaración de ilicitud que dejase sin efecto cuanto sobre bienes de su exclusiva pertenencia, como procedentes de la herencia de su padre, se dispuso, sino recurriendo a los Tribunales de Justicia, no pueden ser sancionados por utilizar el único medio adecuado para el logro de su justa pretensión".

(9) Los motivos de casación mas interesantes para nosotros son éstos:

Primero. Por infringir la sala sentenciadora, además del artículo 76 de la Constitución, en su relación con el segundo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el 51 de la de Enjuiciamiento civil, pues al dar el alcance a la limitación impuesta por el testador a los que aparezcan beneficiados en su última disposición testamentaria privándoles de que puedan acudir a los Tribunales de Justicia ejercitando las acciones que estimen convenientes no derivadas del testamento, sino para reclamar a los herederos del testador los derechos y créditos que con independencia de éste pudiera tener contra el causante, se pone de manifiesto la infracción de dichos artículos que atribuyen unos y otros a los Tribunales de Justicia la facultad exclusivamente de aplicar las leyes y definir los derechos de los ciudadanos, siendo los únicos competentes para conocer de los negocios civiles; y al permitir como permite la sentencia que una mera cláusula testamentaria sea suficiente para que aquél que tenga un derecho contra el causante se vea privado de ejercitar una acción correspondiente para la efectividad del mismo.

Segundo. Por infringir asimismo los artículos 667, 670 y 792 del Código civil, pues siendo un testamento un acto por el cual una persona dispone de todos sus bienes para después de su muerte, y siendo éste un acto personalísimo es indiscutible que el testador puede, en la disposición testamentaria, adoptar las medidas necesarias para disponer de sus bienes, pero no tomar medidas encaminadas a sustraerse al cumplimiento de obligaciones y a disposiciones de derechos y bienes que no le pertenecen, y sí a terceros; y como establece el artículo 792, las condiciones contrarias a las leyes se tendrán por no puestas, siendo condición contraria a la ley toda aquella que lesione el derecho de un tercero.

Tercero. "... no pudo el testador, ni fue su intención, impedir que el -- que tuviese legítimos derechos que ejercitar contra su herencia formulase para la eficacia de los mismos las acciones correspondientes, porque interpretar de esta forma la cláusula testamentaria sería, según sentencia del T. S. de 31 de mayo de 1915 "improvisar raciocinios que separándose de las máximas de justicia universal no pueden servir para amparar derechos" y en el mismo sentido la sentencia de 19 de noviembre de 1901 estableció que "la disposición testamentaria prohibitiva de la intervención judicial no puede afectar cuando lo que se demanda no es un derecho procedente de la voluntad del testador, sino de la ley" en concordancia con la sentencia de 27 de febrero de 1907 al fijar que "no puede colocarse en el trance de consentir un perjuicio que revelaría una inmoralidad opuesta a los principios legales en materia contractual y en actos de última voluntad, tratando de mermar un derecho al que puede ejercitarlo contra una herencia". Y finalmente la sentencia de 22 de diciembre de 1920 estableció que "no incurre en la penalidad sancionada por el testamento quien ejerce un derecho legítimo que puede quedar vulnerado por la cláusula penal, que integra una verdadera coacción y reviste un carácter de verdadera inmoralidad opuesta a estos principios que informan tales preceptos legales".

(10) Ello, si por el planteamiento de la impugnación debe entrar a establecerlo (así, si, como será lo normal, se pidió la interpretación judicial por el demandante que impugnó el sentido dado por el albacea). En otro caso el tribunal se limitaría a anular el sentido dado por éste, en cuyo caso correspondería volver a interpretar, bien al mismo albacea, o en caso de que cese, al que venga a ocupar su puesto. Esta nueva interpretación valdría también, en principio, salvo que volviera a ser impugnada.

(11) Pág. 194.

(12) Señala asimismo esta sentencia que "la aceptación de la expresada prohibición conduciría a la invalidez del cumplimiento de la voluntad del testador que interpretada como lo hace el tribunal sentenciador tiene su más fiel y adecuado desarrollo".

En alguna forma sirven también de apoyo para la tesis defendida las ya --transcirtas sentencias (en otros capítulos) de 26 de mayo de 1876, 30 de noviembre de 1910, 20 de mayo de 1918, 2 de diciembre de 1929, 24 de junio de 1940, 1º de junio de 1946, 12 de diciembre de 1959, 10 de julio de 1964.

23h

TERCERA PARTE

LA LLAMADA CAUTELA SOCINIANA.

S U M A R I O

I. INTRODUCCION.

1. LAS CAUTELAS.
2. LA OPCIÓN COMPENSATORIA.
3. PROBLEMAS A CONSIDERAR.

II: HISTORIA.

III. LA OPCION LEGAL.

1. CASOS PARTICULARES.
2. LA REGLA GENERAL. INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA.

IV. LICITUD DE LA CLAUSULA.

1. EN GENERAL.
2. EN PARTICULAR, LAS DISPOSICIONES A TÍTULO DE PENA.
3. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

4. EL PROBLEMA ESPECIAL DE LA CAUTELA QUE GRAVA A LA MEJORA.
5. DERECHO FORAL CATALÁN.

V. ALCANCE Y REQUISITOS DE LA CAUTELA.

1. EL ALCANCE.
2. EL REQUISITO DE LA ATRIBUCIÓN SUPERIOR.
3. EL REQUISITO DE LA INCOMPATIBILIDAD.
4. EL REQUISITO DE LA ACEPTACIÓN.
5. EL ACTO DE ELECCIÓN.

VI. LA CAUTELA LEGAL DEL ARTICULO 820-3.

1. ANTECEDENTES.
2. DERECHO COMPARADO.
3. CAMPO DE APLICACIÓN DEL PRECEPTO.
4. DIVERSIDAD DE LEGADOS.
5. EL "EXCESO DE LA PORCIÓN DISPONIBLE".
6. PLURALIDAD DE LEGITIMARIOS Y OPCIÓN.
7. EL ABANDONO O ENTREGA.

I

INTRODUCCION.

1. LAS CAUTELAS

El derecho se mueve entre dos fuerzas que continuamente se interfieren y entran en conflicto: la libre voluntad del sujeto y - lo prohibido normativamente. En Derecho sucesorio, ya vimos que - esta pugna es especialmente simple: por una parte, la voluntad -- del testador es la ley de su sucesión; por otra, existen diversas instituciones ante las cuales esta voluntad se estrella: las legí^{ti}mas, las reservas, la ineficacia de las condiciones imposibles, inmorales o ilícitas; y, como vimos ya también, instituciones de las cuales aquélla no puede salirse, ni siquiera tener cauce adecuado: las formalidades testamentarias.

Es en esta frontera indecisa entre la voluntad del testador y

las legítimas, donde volvemos a situarnos ahora. Zona polémica en la cual el interés y voluntad del legitimario pueden resultar decisivos a favor del predominio de la voluntad del causante y del consiguiente repliegue de las normas prohibitivas que, en definitiva, solamente están orientadas a proteger el interés del propio legitimario. Es, en el fondo ésta la mecánica de la *cautela Socini*, a la que dedico esta parte como complemento de lo ya dicho acerca de las cláusulas prohibitorias en general: parte que no va a exponer doctrina nueva, sino recoger la doctrina clásica a través de los autores más reconocidos.

Las legítimas tienen cuantitativamente y cualitativamente fijado su contenido por la norma. Tienen predeterminado su *quantum* y su *quale*. Pero siendo así las cosas, ¿puede el testador ofrecer mayor *quantum* a cambio de una merma en el *quale* legitimario?. ¿Puede ofrecer al legitimario una opción para que este elija el *quantum* y el *quale* mínimos prefijados o bien un *quantum* mayor con gravamen en el *quale*?. ¿Podrá en estos casos el legitimario a quien se plantea esta elección salirse fuera de los términos únicos que tiene esta alternativa de la cual se le hace único árbitro?. ¿Le queda, o no, la posibilidad de elegir una tercera vía jurídica aunque el testador no se la haya brindado ni la haya querido?

Antes de entrar propiamente en el tema parece conveniente hacer breves observaciones introductorias.

La primera de ellas se refiere a la denominación *cautela*, que según el Diccionario de la Real Academia española puede signifi -

car "precaución o reserva con que se procede", o bien "astucia, -
maña y sutileza para engañar". Esa duplicidad de significado pue-
de indicarnos ya la existencia de dos clases de cautelas, y nos --
inicia en la posibilidad de una problemática para clasificar, en
una u otra especie, las cautelas que se establezcan.

Esta misma dualidad fue observada ya por BRUGI (1) al distin-
guir "las genuinas y legales cautelas a las malévolas y frívolas".
Entendiendo asimismo este autor que las cautelas son "enseñanzas
de los jurisconsultos en torno al modo de concluir prudente y ---
exactamente los actos jurídicos o de escapar a las consecuencias
demasiado rigurosas de los principios de Derecho"; explicando tam-
bién que la importancia de las cautelas "deriva del hecho mismo -
de que interpretar las normas jurídicas más en su espíritu que en
su letra es arte difícil y no alcanzable al vulgo. Se puede con -
laudable fraude de la letra de la ley, salvar su espíritu... y ha-
cer triunfar la equidad". Pero también lo contrario. "La cautela
es, pues, un arma de doble filo, puesto que utilizada en fraude -
de la ley puede conducir, a los astutos o a los deshonestos, a --
conculcar las prohibiciones de ésta, aun fingiendo respetarla".

Aquí, lo que específicamente nos interesa es precisar el con-
cepto de las que hemos venido llamando "cautelas legales". "Caute-
la -hemos dicho, siguiendo a nuestro Diccionario-, es precaución
y reserva con que se procede", y reserva, en el sentido que aquí
nos interesa es "precaución para que sirva a su tiempo"; "referen-
cia que recomienda prevenirse con tiempo, de los daños que puedan
sobrevenir".

O sea: lo que tratamos de precisar aquí, es qué prevención es la que caracteriza a esta cautela, y cuál es el daño o inconveniente que quiere evitarse, y contra el cual hay que prevenirse.

2. LA OPCION COMPENSATORIA.

Ya dijimos antes que las legítimas tienen predeterminado su *quantum* y su *quale*, y que el testador puede querer disponer a favor de un legitimario de un *quantum* mayor, pero con gravamen en el *quale*. La cautela de aquél, en este caso, consiste en evitar que éste reciba ese exceso cuantitativo, sobre el *quantum* legalmente exigido, y a la vez reclame todo el rigor del *quale* prefijado por la norma. Es decir que, en suma, quede más beneficiado que lo que la ley exige al testador y en mayor grado que lo que éste quiso. O lo que es lo mismo, se trata de prevenir la posibilidad de que el legitimario obtenga una suma total mayor que la exigida por la ley y de la querida por el causante.

Para ello, cabe que éste conceda una opción a aquél para elegir aquéllo que estrictamente la ley le garantiza como un mínimo forzoso, o bien contentarse con recibir lo que el testador le --- ofrece, aumentado en el *quantum* y reducido en el *quale*.

En la práctica -dice LACRUZ- las limitaciones que más frecuentemente se ponen en alternativa con la legítima, son estas:

- a) El usufructo concedido al cónyuge viudo sobre la totalidad de la herencia.
- b) La prohibición de intervención judicial, incluido el --juicio de testamentaria; o la de partir la herencia.
- c) Sustituciones, generalmente en favor de los descendientes del favorecido.
- d) Prohibición de enajenar lo que por legítima se percibe, o la imposición de una determinada forma de explotación personal o social del caudal relicto.
- e) Atribución inepta para cumplir el deber de legítima: el usufructo; el dinero no hereditario ((fuera de los supuestos de excepción); legado de cosa ajena.

La cautela sociniana es una alternativa ofrecida al legitimario entre soportar alguna de estas cláusulas que infringen la legítima cualitativa o conformarse con la legítima estricta.

3. PROBLEMAS A CONSIDERAR.

Pero, ¿es en realidad necesario recurrir a esa cautela para --evitar la acumulación de beneficios sucesorios no querida por el testador ni exigida por la ley?. Creemos que sí. Si tal compensación del exceso en el *quantum* con el defecto en el *quale* no opera -*ex iure*, y la elección entre uno y otro término no es exigida ex-

presamente por la ley o tácitamente por el ordenamiento jurídico, entonces su previsión por el testador será necesario para evitar aquella acumulación.

Una vez reconocidos el significado y utilidad de la cláusula, hay que preguntarse si es posible su empleo y si no resulta éste antijurídico. Y en caso de ser válido, ¿a qué requisitos deberá acomodarse la disposición?. Este es el objeto a estudiar en esta parte.

En cambio, hay que dejar claro que caen fuera del tema todas aquellas cautelas ya estudiadas dirigidas a impedir toda impugnación del testamento o de las ventas simuladas por el testador, o cualquier intervención judicial, o bien la impugnación de la partición hecha por el mismo testador o encomendada a los contadores-partidores o comisarios, o de la verificada conjuntamente de los bienes del testador y de su cónyuge, por ambos, o solo por aquél. Ya que en estos casos no puede hablarse propiamente de compensación legitimaria, pues no se impone sustancialmente gravamen en el *quale* legitimario, sino que únicamente se exige que sea aceptada una incertidumbre cuantitativa a cambio de no perder el hipotético exceso de la legítima. En otros casos se trata simplemente de que sea aceptado un acto particional, bajo la pena de perder la liberalidad atribuida, en lo que tampoco hay propiamente compensación de *quale* con *quantum* legitimarios. Prueba de ello podría ser el hecho de que estas cautelas se suelen imponer, como vimos al tratar estas cuestiones, objeto de la primera parte de la tesis, tanto a los herederos que son legitimarios como a --

- 243 -

los que no lo son. Con la única particularidad, como ya señalamos también, que a diferencia de los demás herederos, a los legitimariso no es posible privarles de su legítima si no media justa causa de desheredación.

II

HISTORIA.

En la edad moderna, y desde un punto de vista terminológico, se engloba esta serie de cautelas bajo la denominación genérica - de *Cautela Socini* o *Sociniana*, si bien en España esta denominación es muy reciente, pese a que estas cautelas eran conocidas desde - muy antiguo en nuestro país, pero lo cierto es que no hay ningún autor anterior al siglo XX que emplee esta denominación . En - tre los alemanes, en cambio, lo hizo ya el pandectista GLUCK y pa - rece ser que usar esa denominación era lo habitual en el siglo -- XVIII. En el siglo pasado RICHERI habló, en su "Jurisprudencia -- universal", de cautela *Gualdensis* (2).

GLUCK entiende que el inventor de la Cautela Socini fue el noble florentino Nicolás Antenoreus. Pero como señala VALLET (3), es muy aventurado señalar a este testador como inventor de la cau - tela en cuestión, entendiendo que es más probable que la solución

fuese propuesta por el notario, abogado o jurista que diese forma a su voluntad, conocedor ya de algún *ars testandi* anterior que la puso en su testamento. Y prueba que la cláusula era habitual an - tes de SOCINO la referencia que éste hace al IMOLENSE y el testimonio del cardenal DE LUCA a ANGELO y DURANTIS. Desecha VALLET co - mo cautela de compensación legitimaria la de ANGELUS en su comentario a las Authenticas, pero en cambio, una cita que de él hizo el autor del siglo XV Nicolas BOHERIO nos lleva al comentario del propio ANGELUS a la ley *Quoties*, del título "De fideicommissis" - del Código, donde relata que en Perusa era costumbre, practicada por los padres acaudalados de hijos disolutos, disponer que si és - tos incumplieren su prohibición de enajenar bienes inmuebles an - tes de cumplir determinada edad, se adjudicarían dichos bienes a iglesias u hospitales.

BALDO DE UBALDIS (4) al comentar la ley única del título de - "his quae poenae nominae in testamento vel codicillis relinquitur", admitió la validez de la disposición dirigida al heredero ordenando "non molestare uxorem in quodam legato, et si molestaverit pr - vavit eum hereditatem". No aclaró el autor si se trataba de un he - redero forzoso o voluntario, aunque dada la solución de la pérdida de toda la herencia, es lógico que debía tratarse de un herede - ro voluntario; pero parece ser que nada impediría que tal solu -- ción se aplicara a un heredero forzoso en cuanto a la parte dispo - nible, si para este supuesto y en dicha porción se le hubiere nom - brado sustituto, o si tuviese algún coheredero que no incurriera en la pena. En el comentario al título *De iure fisci*, referido al - legado dejado bajo condición de no reclamar suplemento de legíti-

ma, trata del gravamen de restituir lo relicto, para concluir que debe rechazarse la condición puesta a la atribución de legítima, pero que no debe ser rechazada la revocación del legado, ordenada por el testador para el caso de rechazarse la condición o la restitución respecto a la legítima.

A principios del siglo XV, Rafael DE RAYMUNDIS en sus *consili* XXV y LII y en su comentario al *Cum Filio* de la ley *Coheredis*, planteó una cautela a través simplemente de la cláusula "Omni meliori modo" en función cautelar. El hijo era instituido heredero universal, y gravado con restitución fideicomisaria universal, prohibiéndole la detracción de legítima y trebelliánica y ordenando -- que la disposición valiera del mejor modo que pudiere. Para CUMANUS, si el hijo infringía la disposición o sus herederos pretendían detraer su legítima o la trebelliánica, debería restituirse al fideicomisario, no sólo la parte libremente disponible por el testador, sino los frutos producidos por ésta, de manera que si tales frutos hubieran sido consumidos, sería preciso satisfacer su valor en metálico y, de no haberlo, con los bienes de la legítima.

Carolus RUINUS, contradiciendo a CUMANUS, nos ofrece otra cautela. A su juicio no se puede imponer privación alguna de la porción disponible a quien no acepte el gravamen de restituir o no enajenar los bienes de la legítima, pero en cambio es posible condicionar una atribución futura a la aceptación del gravamen.

Análoga cautela a la Perusiana relatada por ANGELO, y formulada como pena de privación de la parte disponible al hijo que in -

cumpla la prohibición de enajenar bien alguno, con imputación a la legítima de los enajenados en contravención a la prohibición, la admitió también CUMANO, y más adelante, y ya en el siglo XVI, SOCINO Iunior; siglo en que hallamos ya, en el *ars testandi* de DURANTIS GUALDENSIS, los dictámenes emitidos acerca del famoso testamento del noble florentino.

Vamos al testamento de Nicolas Antenoreus. Este había instituido herederos a sus hijos Alejandro y Camilo, y a otro hijo suyo Juan Bautista le legó varios bienes muy superiores a su legítima pero gravándole con fideicomiso "si sine liberis masculinis de cederit" a favor de sus hermanos supérstites. Añadiendo el testador que en cualquier caso si su hijo Juan Bautista no estuviere conforme con dicha disposición se entendería privado de dicho legado e instituido únicamente en su porción legitimaria. Después de fallecido el testador, su hijo Juan Bautista aceptó el legado con conocimiento del testamento de aquél, pero al fallecer sin hijos, sus hermanos reclamaron a los herederos de Juan Bautista la restitución de los bienes legados, pretendiendo sus herederos precisamente detraer la legítima y la trebelliánica de éste.

Se pidió dictamen a varios juristas, entre ellos Felipe DECIO, SOCINO el joven, Francisco CURTIUS Iunior y Petrus Paulus PARISSIUS Iunior, siendo los cuatro favorables a la total restitución sin detracción de la legítima ni trebelliánica por los herederos de Juan Bautista, es decir, a la eficacia de la cláusula puesta por el testador, dada la aceptación por aquél del legado condicional. Hay en la cautela puesta en el testamento de Nicolas Anteno-

reus una interesante variante respecto a la Gualdenses de Durante, ya que en el testamento de éste la atribución condicionada no era la institución universal, sino una alternativa entre legado y legítima con *quantum* muy superior a ésta.

Todavía encontramos otra fórmula en el mismo siglo XVI: la atribución de un prelegado para el caso de aceptar el gravamen, aceptada por algunos como PEREGRINO, FUSARIO y BARBOSA.

De otro tipo fue la fórmula propuesta por DUMOULIN (5) consistente en ofrecer al heredero la opción entre soportar el gravamen de usufructo o entregar la parte disponible al beneficiario del gravamen.

La fórmula testamentaria expresa de ofrecer la elección entre la institución universal gravada con usufructo universal, o sólo la legítima en pleno dominio, fue también admitida por Petrus DE PERALTA en el siglo XVI y explícitamente defendida entre otros -- por Juan VOET (6), Juan GUTIERREZ, CASTILLO SOTOMAYOR y más moderadamente por LEBRUN, RICHERI y otros.

Entre los autores castellanos del S. XVI y antes de publicarse en Italia el dictamen de SOCINO, vemos que SUAREZ, BAEZA y CASTILLO SOTOMAYOR, aceptaron ya la eficacia de la disposición expresa que impusiera al hijo mejorado en tercio y quinto o instituido heredero universal la elección entre aceptar su sujeción al mayorazgo dispuesto por el testador, o contentarse con su legítima estricta, si bien pura y sin gravamen ni limitación alguna.

III

LA OPCION LEGAL

1. CASOS PARTICULARES

¿Qué utilidad tiene esta cautela de opción en compensación legitimaria?

Si la compensación en el *quale* con un mayor *quantum* del debido se verificase automáticamente, o si el legitimario *tuviera ipso iure* que optar entre una y otra atribución, no sería necesario prever testamentariamente cautela alguna a dichos fines. Así, conviene hacer un repaso por el Derecho histórico y comparado, para ver, si por lo menos en algunos supuestos, se produce esa compensación o se impone *ipso iure* esa necesidad de opción.

El caso de compensación forzosa, sin opción posible entre el mayor *quantum* y la limitación del *quale* legitimario, parece que -

se dió en el Derecho romano clásico en dos supuestos del Digesto: el de la ley "Uxori meae", respecto del gravamen de usufructo, y el de las leyes "Si pater puellae" y "Cum ex filio", para el supuesto del fideicomiso recíproco.

Con relación a la primera de estas dos últimas se dijo que dicho fideicomiso era válido en cuanto a las legítimas e incluso se llegó a extender este criterio a los supuestos de institución condicional en más de la legítima.

Pero los autores de Derecho intermedio, discutieron si estos textos habían sido derogados por el Derecho nuevo, o sea las leyes *Quoniam in prioribus* y *Scimus cum. autem*, como entendió la opinión común. Sin embargo, respecto al usufructo, se defendió por algunos autores que si su valoración, apreciada según la edad del usufructuario, no excedía de la parte disponible, no debía ser reducido. El problema se perpetúa en el Derecho actual, y este último criterio ha sido modernamente tratado de sostener por GONZALEZ PALOMINO y ALVARO D'ORS y BONET CORREA en España, y por LAURENT en Francia (7).

La opinión contraria, para el Derecho romano se basó en que la legítima, según la novela "De triente et Semmis", debía ser atribuida en pleno dominio y en cuerpos hereditarios, y en que en virtud de esta novela y de las leyes antes citadas no cabe aplazar su goce, cosa que como entiende ROCA SASTRE tampoco permite hoy en España el artículo 813 del Cc.

Más discutida fue la vigencia de la ley "Si pater puellae", -

defendida por autores como Felipe DECIO y VAZQUEZ DE MENCHACA, y negada por Juan VOET.

Estos dos supuestos dieron lugar a que alguno de los autores que consideraban vigentes estos textos pretendieron generalizar - su doctrina a otros casos, como SOCINO iunior y CANCER. No obstante, constituyeron siempre una minoría defensora de una arriesgada posición, con los textos positivos en contra.

2. LA REGLA GENERAL. INTANGIBILIDAD DE LA LEGITIMA.

La regla general en el Derecho común parece ser la contraria a la opción legal, o sea que cuando el testador se limita a ordenar un legado o institución de heredero que lesiona cualitativa - mente la legítima, aunque sean de valor superior a ella, el legítimario instituido no tiene que elegir como si hubiera una cláusula implícita. Así, en el siglo XVI RYNALDUS entendía que el gravamen impuesto a la legítima se entiende por no puesto, sin perjuicio de que lo demás dejado al legítimario pueda éste conservarlo aunque reclame su legítima pura y sin gravamen, apoyándolo en la ley Scimus, # *Cum autem* (Cod., de *inoff testam*), que para caso de - haberse instituido otra persona sustituyéndole fideicomisariamente por el hijo del testador, ordena que éste reciba en seguida su legítima, sin perjuicio de obtener, en su día, el remanente al -- vencer el fideicomiso. Colocándose en semejante línea Simon DE -- PRETIS, al afirmar también que el gravamen se tiene por no puesto.

Si bien BAEZA y Juan GUTIERREZ limitan el supuesto de la ley a -- cuando se habla simplemente de dejar al hijo algo más de la legítima por vía de sustitución, pero no se refiere a cuando se le -- exige hacer algo para conseguir lo que excede de la legítima, supuesto en el cual no tiene lugar lo dicho en el # *cum autem*, sino -- que ha de cumplirse la voluntad del testador, que es conforme a -- Derecho.

La regla general contraria a la validez de los gravámenes "in tempore" e "in qualitate" sobre la legítima, la hallamos en el Código civil en su artículo 813-2 al establecer que "tampoco podrá (el testador) imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo" (8).

Ya hemos dicho que en el Derecho anterior estos gravámenes -- "ad tempus" e "in quantitate" se tenían por no puestos. Lo mismo debe entenderse en consecuencia en el régimen vigente. Ahora bien, existen unos supuestos en los cuales se concede una opción al legitimario, con lo cual se remite a ella el resultado, como tam -- bién ocurría en el Derecho anterior. Y por otra parte ello no significa que el legitimario no necesite tomar la iniciativa y demandar cuando no sea poseedor de los bienes hereditarios, pues la actitud pasiva sin detrimento de sus derechos, sólo le será posible cuando los posea, en cuyo caso podrá considerar por no puestos -- los gravámenes sin necesidad de entablar procedimiento alguno, ya se trate de términos, condiciones, modos, sustituciones o limitaciones dispuestos por el testador sobre la legítima.

a) La inoponibilidad es la opinión general de la doctrina cuando se imponen gravámenes a la legítima. "la falta -dice, por ejemplo, VALLET- ordenando la compensabilidad del exceso en el *quantum* con el defecto en el *quale*, o bien la necesidad de optar entre -- uno y otro término, nos parece que no puede ser tácitamente suplida en el régimen de nuestro Cc."

La supresión de gravámenes (sobre la parte legítima, conservandose sobre el resto si es posible) proporciona al legitimario un beneficio no querido por el causante, y superior a su cuota -- forzosa, siempre que el valor total, en plena titularidad, de los bienes asignados con el gravamen, exceda del importe de dicha cuota; pues entonces, con la solución de la doctrina dominante, le quedará al sucesor, además de su entera legítima desgravada, un resto con gravamen. Es ésta una consecuencia conscientemente provocada por la ley, sancionando la imprevisión o mala voluntad del causante.

b) Cuando no se trata de cargas o gravámenes, en cambio, ya no es de aplicación el artículo 813.

Por ejemplo, el testador puede señalar un contenido inadecuado para satisfacer la legítima, y así ocurriría si lo determina en cosa perteneciente al heredero, en cosa ajena o en derechos -- por él creados sobre la herencia o bienes de ésta, como por ejemplo en el usufructo de una cuota o bienes determinados, o en dinero no hereditario fuera de los supuestos en los cuales el Código civil lo señala como medio de satisfacerla, que desde la reforma de 13 de mayo de 1981 son más numerosos.

El legitimario en estas circunstancias podrá optar entre la asignación inadecuada, sin perjuicio de poder reclamar el suplemento de su legítima si cuantitativamente hubiese lugar a él, o bien por tener la asignación por no puesta y reclamar su legítima pura y simple (8 bis).

Sin embargo, no faltaron autores de Derecho común que quisieron generalizar la opción. Así, por ejemplo, CANCER, a quien sigue recientemente DAVILA GARCIA (9) al mentener la tesis de que "donde hay herencia no hay legítima" porque en realidad -dice VIRGILI SORRIBES (10)- "el llamado heredero forzoso no es heredero" ... "y de admitir la legalidad de esta cláusula, cuando el testador explícitamente la impone, ¿porqué no admitir su eficacia cuando deriva de la aceptación de los principios generales de Derecho sucesorio, y por lo tanto de la voluntad tácita del testador? Tanto si la cláusula Socini es expresa como si es tácita, el heredero puede cobrar su legítima, repudiar la herencia y reclamar los bienes reservables. Si no lo hace, es porque no quiere".

A la misma conclusión conduce la teoría de ROCA SASTRE (11) - de la absorción de la causa adquisitiva de la legítima por el título de heredero, al decir que "hay verdadera incompatibilidad entre el título de heredero y el de legitimario... El título de heredero inutiliza por absorción la condición del legitimario", con la salvedad que hace este autor de los supuestos de gravamen de usufructo o sustitución fideicomisaria, en los cuales entiende -- que no se produce este efecto".

Pero estas afirmaciones chocan en nuestro Derecho con los artículos 792, 813-2, 817 y 824; y, como señala Amadeo DE FUENMA YOR, tampoco superan con éxito la presumible voluntad del testador, ya que éste, al poder prever dicha opción, no la concedió, - por lo cual la presunción resulta forzada, y no parece por tanto posible recogerla sin un texto expreso que la establezca. En ese sentido la sentencia del T. S. de 18 de noviembre de 1930 parece rechazar implícitamente tal doctrina al establecer en su último considerando que "a doña A.L.P. no se le pudo gravar ni condicionar por su madre, en forma alguna, su cuota legitimaria ... sólo (cabía el gravamen) en la tercera parte de los bienes que era la - única de que podía disponer libremente (la causante) conforme al último párrafo del artículo 808 del Cc."



IV

LICITUD DE LA CLAUSULA.

1. EN GENERAL.

¿Puede estimarse lícita la condición que pone al legitimario en trance de escoger entre su legítima pura pero estricta o la mayor porción a él dejada con el gravamen afectante a ella?

Contra esta cutela ya RUINUS alegó el brocardo "lo que no vale a modo de disposición, no vale tampoco a modo de condición", - si bien salvó de su crítica el supuesto dictaminado por SOCINO.

ANDREOLUS, que trató ampliamente de esta cuestión, contestando a los argumentos de RUINUS entendió que si el testador puede - no instituir al hijo en el residuo, con más motivo puede insti -- tuirle bajo condición, apoyándolo en el principio de que el que - puede lo más, puede lo menos.

Actualmente algunos autores, y especialmente ESPINAR LAFUENTE (12) han resucitado la objeción señalando que dicha condición es ilícita, y como tal caería dentro del artículo 792 del Cc.

Desde luego, y como entiende este autor, al testador no le es ilícito gravar al hijo en la legítima, pero en cambio no es en ningún modo ilícito que el hijo acepte, por la razón que sea, cualquier gravamen sobre su legítima.

Lo que ocurre es que, como señala VALLET, "la licitud de la condición no se refiere a la disposición ordenada por quien la puso, sino al acto a realizar en cumplimiento de la condición". Así -continúa- resulta claramente de la Constitución de Justiniano -- del año 528 y de la ley tercera, título 4º, Partida 6a. La primera refiere la ilegalidad a lo que se exigía del llamado, al acto del llamado al que se le condicionase el llamamiento, y las Partidas decían que "E generalmente son llamadas imposibles segun Derecho todas las condiciones que son contra la honestidad de aquel a quien son puestas, e contra buenas costumbres, e contra obras de piedad". Y el hecho de que alguien renuncie a su legítima o acepte el gravamen de la misma no va contra la moral o las buenas costumbres.

Podemos plantearnos aún otra cuestión: ¿pueden los legítimarios aceptar una limitación de sus derechos a la legítima que pueda llegar a perjudicar a sus descendientes, o en su caso a sus ascendientes?.

Esta pregunta encierra una objeción que vemos ya refutada por

los autores castellanos del siglo XVI. Se decía que "quienquiera deba legítima no puede disipar ni dilapidar sus bienes en fraude de sus legítimos sucesores y que , por ende, no puede gravar sus bienes de tal modo que excluya el derecho de sus hijos a reclamar su legítima. Añadiendo textualmente ESPINAR LAFUENTE que "ni el testador (*ex dispositione partis*) ni el heredero (*ex filii approbatione*) pueden hacer trueques, cambalaches ni permutas con la herencia legítima. Esta sólo puede ser objeto de aceptación o repudiación. Ha de admitirse o rechazarse en bloque. Esta es la única facultad del heredero".

Pero en caso de aceptar las objeciones de ESPINAR, estas podrían llevarnos muy lejos, y entre otras consecuencias a la ineficacia de las cesiones de renta vitalicia por quien tuviere legítimos posibles y a la ilicitud de las ventas con reserva de usufructo. Que bien podrían ser fruto de confundir con un derecho adquirido, una mera esperanza, es decir, la legítima aún no relicta, sólo protegida con disposiciones específicas. Así, inoficiosidad de donaciones, prodigalidad declarada, o contra actos fraudulentos e inoficiosos. Por otro lado cabría objetar que ESPINAR plantea un dilema sin precedente alguno: "ha de admitirse o rechazarse en bloque sin trueque, ni cambalaches ni permutas".

Además, como el que puede lo más puede lo menos, como dice ROCA SASTRE (13), "quien puede lo más (renunciar a la legítima), -- puede lo menos (admitirla con gravamen), una vez se haya deferido la legítima, pues es un valor puramente patrimonial que pretende entrar en el patrimonio del legitimario y es libre aquél de hacer

lo que guste".

Se dice que este procedimiento es un fraude a la ley por intentar imponer indirectamente lo que está prohibido imponer directamente.

Esta objeción concretada en un texto del Digesto conocido como ley *Seius et Augerius*, consistía en que el testador había impuesto a sus herederos la condición de renunciar a su cuarta falcidia, contentándose con una suma en metálico; de no aceptar, disponía - que se entenderían por no intituídos. Sin embargo, la respuesta - de SCAEVOLA había sido tajante: los herederos podían adir lo mismo que si no hubiese puesto aquella condición que se puso por causa de fraude. Pero lo que ocurre es que, como señala CUCCHUS, en el supuesto de la ley *Seius et Augerius* se quería imponer al heredero la elección entre recibir menos de lo que en virtud de la falcidia le correspondería o bien ser privado totalmente de la herencia, mientras que en la cautela la opción que se le ofrece se refiere a recibir una porción mayor que la legítima pero afecta a un gravamen, o bien sólo su legítima estricta pero pura e íntegra, de lo que se deduce que se manifiesta la diversidad entre ambos casos.

Algún autor, como PEREGRINO, recalcó que en el supuesto de la ley *Seius et Augerius* los términos de la alternativa radican en recibir la falcidia disminuida o bien en no ser instituido, mientras la alternativa propuesta en la cautela se sitúa entre la eficacia de la disposición testamentaria ofrecida o la percepción de la legítima estricta. Por lo cual SURDUS observó que no puede calificarse

carse de fraude a la legítima lo que no la lesiona.

Juan VOET recalcó también que en la elección concedida por el testador al hijo entre la herencia con gravamen o la legítima pura, no hay fraude alguno a la legítima, sino expresa concesión.

Mientras en el supuesto de la ley *Seius et Augerius* se propone la opción entre menos de lo debido o no recibir nada, en el supuesto de la cláusula se ofrece estrictamente todo lo debido, o bien la mayor atribución testamentaria pero con su gravamen afectante incluso a la legítima. No hay, pues, como en aquél, una opción entre menos o nada, sino entre estrictamente lo justo o bien más aceptando ciertas condiciones.

Al argumento de que no es lícito hacer por modo indirecto lo que no puede hacerse por modo directo cabría dársele la vuelta diciendo que si es lícito instituir al hijo solo en su legítima y disponer libremente del residuo, resulta entonces evidente que lo que directamente puede hacerse, mucho más puede hacerse indirectamente.

2. EN PARTICULAR, LAS DISPOSICIONES A TÍTULO DE PENA.

Las disposiciones *mortis causa* a título de pena eran nulas durante el Derecho romano clásico, si bien se admitieron en Derecho justinianeo. El formalismo del Derecho romano primitivo llevó con

sigo la prohibición, por su carácter atípico, de las disposiciones *mortis causa poenae nomine* ; prohibición que conservada, como señala - Biondo BIONDI (14) "por el solo peso por la tradición de los ju - ristas clásicos, fue abolida por JUSTINIANO en una Constitución - del año 539 -Cod., VI, XLI- y su doctrina recogida en la Institu- ta (IIXX, 36)". Sin embargo JUSTINIANO concluyó su disposición -- salvando que la liberalidad se mantendría sin ningún quebranto y la pena sería inválida si se impusiera a quien se le hubiere man- dado hacer alguna cosa prohibida por las leyes o de otro modo re- probada o imposible

Es ahí donde puede radicar la objeción puesta por algunos au- tores a las cautelas redactadas en forma de imposición de pena de privación de la porción disponible, impuesta a quien no aceptare el gravamen de su legítima.

La redacción, tan frecuentemente en la práctica, de la cláusula en forma de sanción, privación o prohibición, o lo que es lo mismo, con fórmula de imposición de un castigo o pena, podría pa- recer incorrecta; pero no basta que una redacción no sea correcta para que, sin más, deba reputarse inválida o inmoral. En princi - pio, habría que penetrar hasta el fondo de la disposición para -- juzgarla, y situándonos en ese plano parece inevitable llegar al mismo resultado, es decir, a concluir que son válidas por muy in- correctamente redactadas que se hallen; ya que no debemos detener nos en las palabras sino que debemos profundizar hasta la esencia de lo dispuesto. Al legitimario, con la formulación penal de la - cautela, no se le priva de nada que hubiera sido suyo antes de he

redar al testador, ni de nada que legalmente deba corresponderle después, ya que, en definitiva, lo que se le atribuye, y a lo que se le deja reducido como pena, no es ni más ni menos que aquello único a que tiene derecho. No hay, por lo tanto, verdadera pena, y por lo demás la privación de la parte disponible podría evitarla el legitimario si prefiriese no sufrirla y admitir el otro término de la alternativa, que en realidad se le está ofreciendo con una fórmula más o menos correcta.

La forma de expresión, y el tiempo a que se refiera la atribución de lo estrictamente debido a quien no prefiere aceptar lo deseado por el testador, deberían considerarse como términos accidentales. Por lo que podemos decir, que esta formulación penal podría sonarnos mal, parecernos desacertada, pero ello no debe impedir que tras su desafortunada expresión se contenga una alternativa que lícitamente pueda plantearse al legitimario.

3. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

La doctrina dominante cree que la cautela o cláusula Sociniana es lícita y puede imponerse por el testador. Como dice ROCA -- SASTRE (15) "el legitimario opta, elige, escoge el de los dos llamamientos, vocaciones, delaciones o disposiciones que mejor le acomode o convenga, el testador ofrece dos soluciones o caminos. El legitimario tiene una facultad de opción entre los dos términos o adquisiciones que le ofrece el testador; puede elegir uno u

u otro; lo que no puede hacer es elegir los dos conjuntamente. El legitimario obra libremente en esta elección consultando segura -mente sus intereses; se trata, pues, de un acto voluntario de opción y respeto de una sucesión ya abierta, o sea de una sucesión legitimaria ya producida, cristalizada o deferida. El legislador en esta frase, no se entremete en la libre elección del legitimario".

"Quien puede lo más -es decir, renunciar a su legítima- puede lo menos -es decir, admitirla con gravamen- una vez deferida la legítima; pues es un valor puramente patrimonial que pretende entrar en el patrimonio del legitimario, y este es libre de hacer -de él lo que le guste. No puede el legitimario escoger por partes, de modo que si acepta la mayor liberalidad con la carga debe aceptar esta carga en toda su integridad, pues uno de los principios sucesorios es el de la indivisibilidad de la aceptación, de modo -que debe optar por una de las dos vocaciones alternativas. Si opta por la mayor liberalidad deberá soportar íntegramente el gravamen".

Por su parte Amadeo DE FUENMAYOR (16) añade que "por este motivo, porque todo depende de la libre voluntad del legitimario, -debe evidentemente rechazarse por exagerada la opinión de aque--llos autores -y cita entre otros a CANCER- que no vacilan en cali--ficar de inicuo el procedimiento que la cautela ofrece como ins -trumento hábil para burlar en cierta medida el principio de que -la cuota legitimaria ha de ser transmitida libre de todo gravamen o limitación"; y añade este autor que en contra de esta cautela -

se alegó también que las condiciones impuestas a la legítima se consideran como no escritas, en tanto que no dan lugar a la *querrela de inoficioso testamento*; y que ya el Derecho romano imponía que la renuncia de los derechos legitimarios fuera expresa, sin que se presuma tácita por la simple aceptación del legado (C., ley 35, libro 3º, título 28); argumentos que ya han sido contradichos en lo que antecede.

En nuestra jurisprudencia, la sentencia de 29 de diciembre de 1939 (referente a Cataluña) admitió la validez de esta cláusula - en la cual el testador legó a su hijo en pago de su legítima una cantidad y al mismo tiempo dispuso que si el legatario no aceptaba dicho legado en los términos y condiciones señaladas o impugnaba alguna o todas ellas quedaría la disposición sin efecto, y en su lugar legaba al mencionado hijo la cantidad que en concepto de legítima le correspondiese.

Dicha sentencia estableció que "acerca de la disposición referida hay que examinar si al sujetar el testador el legado de X pesetas al gravamen de la sustitución expresada, y una vez aceptado este legado en las condiciones que el testador estableció, por su mencionado hijo N., quedó íntegro, sin embargo, el derecho de éste a percibir su legítima libre de todo gravamen, ya que según el artículo 813 del Cc. y la Constitución 2, libro V, ley 6 de las Constituciones de Cataluña que el recurrente invoca, la legítima no puede estar sujeta a gravamen, condición, ni sustitución".

"Dependía de la voluntad del legatario preferir su legítima estricta, libre de todo gravamen, con lo cual quedaban satisfechos --

chos todos sus derechos hereditarios, pero habiendo optado por el otro término de la disyuntiva aceptando expresamente, sin ninguna reserva, el legado de las 375.000 pts., de mayor cuantía que la legítima, en los términos y con las condiciones consignadas en el testamento, debe entenderse aceptado el gravamen de la sustitución tal y como en dicho testamento se consigna, es decir, como extensivo a la totalidad del legado, y en consecuencia ha de estimarse renunciado por incompatible con lo que el propio legatario libremente exigió su derecho a la legítima libre en cuanto este derecho se oponga a la sustitución referida, ya que tratándose de una facultad de opción entre dos términos, podría elegir uno u otro, pero no conjuntamente los dos, es decir, la libertad de su legítima estricta y al propio tiempo la ampliación de su derecho legitimario a una cuantía notablemente mayor, por lo cual no pueden reputarse infringidas las citadas disposiciones, que están en caminadas a salvaguardar los derechos de los legitimarios asegurándoles un mínimo de participación en la herencia pero no tratan de perjudicarles impidiéndoles utilizar una opción que pueda reportarles mayores beneficios que los que su derecho estricto les otorga".

Al parecer, por el contrario, el T. S. rechaza la cautela tácita, como parece desprenderse de la sentencia de 18 de noviembre de 1930. Los hechos de esta última eran los siguientes: una mujer viuda otorga testamento estableciendo que "instituye y nombra por sus únicas y universales herederas, a su hija en plena propiedad y para siempre, y si ésta falleciese antes que la testadora o des

pués sin sucesión, a sus hijastras a quienes instituye en segundo lugar también en plena propiedad y por partes iguales".

Fallecida la hija después de la testadora y habiendo otorgado testamento en el que instituya heredero universal a otro pariente, se discutió si los sustitutos testamentarios de la viuda suceden en todos los bienes dejados a su hija o si en ellos corresponde - alguna porción al heredero de ésta.

El T. S. entendió que la madre no puede gravar ni condicionar la legítima de su hija en forma alguna a tenor del artículo 813 - del Cc., y que por lo tanto el gravamen impuesto a favor de sus - hijastras debe entenderse reducido solamente al tercio de libre - disposición, quedando los dos tercios restantes, constitutivos de la legítima, en plena propiedad de la heredera primera.

La sentencia de 6 de mayo de 1953 admitió la aceptación de la herencia materna por parte de una hija instituida heredera universal (salvo la legítima estricta de su hermano) bajo la condición de renunciar a todos los bienes inmuebles que le pudieran corresponder en la herencia de su padre y con el efecto de que la hija quedaba obligada a renunciar a estos bienes.

En la ya transcrita sentencia de 12 de diciembre de 1958 el - T. S. aceptó la validez de una cláusula que sancionaba con la privación de la parte correspondiente del tercio de mejora al hijo - que en vida del cónyuge supérstite reclamase la partición de la - herencia. Aisladamente la sentencia de 12 de diciembre de 1959, - en un supuesto en el que la testadora habfa realizado la partici --

ción, no sólo de sus bienes privativos, sino de los procedentes - de la herencia de su esposo y de los bienes gananciales; nombrando contadores partidores solidarios para que dividieran los bienes de la herencia si los hijos no acataban la partición por ---- ella realizada, y privando a los hijos rebeldes de toda partici - pación en los tercios de libre disposición y mejora, declaró tal condición "contraria a las leyes y que, en consecuencia, debe --- ser tenida por no puesta, pues afecta a bienes que por sucesión - legítima de su padre pertenecían ya a los actores". Pero la S. -- se funda, sobre todo, en que la partición de los bienes paternos - se había realizado por quien carecía de derecho para practicarla, al no encontrarse en el caso que autoriza el art. 831 Cc.: la nu - lidad de la cláusula de privación de los tercios de mejora y li -- bre disposición -dice la S.- deriva de la partición. De tal modo que si la voluntad de la testadora hubiera podido llevarse a ---- efecto redistribuyendo los bienes en la forma querida por ella, parece que, conforme a la propia S., no obedeciendo los hijos ha - brían quedado limitados a su legítima estricta. Para llegar a la conclusión contraria hubiera debido argumentar la S. a partir de la agresión del testador frente a la mejora, tema que no contem - pla.

Si bien, en el caso de esta sentencia, no se trata de una opción en compensación legitimaria, alguno de sus argumentos podría referirse también a los supuestos en que aparezcan estas cautelas redactadas en forma de penalidad.

4. EL PROBLEMA ESPECIAL DE LA CAUTELA QUE GRAVA A LA MEJORA.

El problema de la validez de la cautela se complica cuando, en su matrimonio con descendencia, deja el testador a su cónyuge el usufructo de todos sus bienes y hace entrar en juego, para forzar a sus hijos a tolerar el gravamen, no sólo la parte libre, si no igualmente el tercio de mejora, asignando éste como mejora --- efectiva sólo a los hijos que no reclamen contra el gravamen de su legítima. Como dice VALLET, "al atribuirse la mejora a favor - del hijo o hijos que acepten el usufructo universal, la entidad - global *descendientes* sufre colectivamente una condición que favorece a un no legitimario".

Se ha discutido, en general si puede ponerse en condición la atribución del tercio de mejora, en el juego de la opción compensatoria de la legítima. Ya COVARRUBIAS objetó contra esta posibilidad, que en cambio aceptaron la mayoría de los autores por el - procedimiento de instituir puramente en la legítima y atribuir la mejora como legado bajo condición potestativa de aceptar el vínculo incluso sobre la legítima. Con posterioridad al Cc. han objeta - do contra su validez algunos autores, siendo de destacar la opi - nión de LACRUZ para quien la condición puesta a la atribución del tercio de mejora es siempre ilícita, pues su ilicitud no depende de si se asigna o no algo más (también gravado) con cargo al tercio libre, ni de si el valor de lo atribuido, descontando el gravamen, es superior o inferior a la legítima larga o a la corta, - sino del hecho de que el testador coacciona a todos y cada uno de

los legitimarios con la perspectiva de reducirles a la legítima -
corta a fin de conseguir de todos, colectivamente, una concesión
que acaso individualmente no harían.

Es decir: el testador amenaza a cada uno con desplazar la por-
ción legitimaria disponible hacia el otro, para conseguir de to -
dos que toleren un desplazamiento de la legítima hacia un extraño:
desplazamiento que, individualmente, ninguno está en situación de
evitar, porque se hace a costa de una legítima desplazable, a la
que no tiene derecho individual, y sí sólo colectivo. Y el testa-
dor no debe poder servirse de su facultad de mejorar para conse -
guir ese resultado; equivalente o no a la reducción parcial de la
mejora en relación al grupo, pero que , en todo caso, y aun no --
equivaliendo a esto, se obtiene mediante una desviación de poder, --
pues el ordenamiento no concede la facultad de mejorar con tales
finalidades. En suma: se ofrezca o no compensación en el tercio -
libre, y sea ésta o no cuantitativamente la adecuada, lo cierto -
es que la sustracción del tercio de mejora mediante la amenaza de
mejorar efectivamente a algún descendiente es siempre ilícita (LA
CRUZ).

En cambio para VALLET DE GOYTISOLO la licitud o no de la dis-
posición depende "del dato de hecho de si en la cautela juega, --
además, el tercio de libre disposición, o bien de que éste se ha-
lle fuera de la acción de la misma".

"Si el tercio de libre disposición ha sido atribuido, por ---
ejemplo, al cónyuge viudo en pleno dominio, creemos que la caute-

la no cabe sobre la mejora, pues da lugar al expresado gravamen global de haber de sufrir los hijos en su conjunto la condición puesta a su atribución; gravamen colectivo que no tiene contrapartida posible alguna para la entidad global *descendientes*, en el tercio de libre disposición".

"Si, en cambio, el tercio de libre disposición entra en el juego de la cautela junto al de mejora, creemos que es posible la afección de este segundo tercio a tal cautela, ya que el condicionamiento global que en éste sufre la entidad global *hijos*, puede estimarse compensado con la posibilidad de recibir parte del tercio de libre disposición. La opción ya no les ofrece, como compensación, lo debido (a los descendientes) sometido a condición, sino esto y además parte libremente disponible incluso a favor de extraños. Se reúne, pues, uno de los requisitos de las genuinas cautelas: ofrecer a cambio de lo debido con su *quale* y su *quantum* estrictos, un mayor *quantum* con gravamen en el *quale*".

"Cuando el tercio de libre disposición se halla afectado a la cautela legal o tácita del artículo 820, n° 3, tampoco vemos inconveniente en que se mejore a los hijos que ejerciten la opción legal, en uno o en otro sentido, pues la mejora en este caso no se concede por aceptar un gravamen, sino por usar de una opción legal en uno de los dos únicos sentidos posibles: lucrarse con la nuda propiedad de la parte libremente disponible a cambio de admitir el usufructo de la viuda sobre la legítima. Hay también, pues, en compensación, oferta de mayor *quantum* del colectivamente debido a la entidad *descendientes*".

5. DERECHO FORAL CATALAN.

La Compilación catalana en su artículo 133 establece que "el causante no podrá imponer sobre la legítima condiciones, términos, modos, usufructos, fideicomisos ni otras limitaciones o cargas, y si las impusiere se tendrán por no impuestas. No obstante la disposición a causa de muerte otorgada en concepto de legítima y por un valor superior a ésta, con la expresa prevención de que si el legitimario no acepta dichas limitaciones se reducirá su derecho estrictamente a la legítima, facultará a aquél para optar entre - aceptar dicha disposición con las limitaciones o cargas referidas o hacer suya sólo la legítima libre de ellas. La aceptación de la disposición implica la de las cargas o limitaciones impuestas".

FAUS y VALLS TABERNER (pág. 181) entienden que "el artículo - 133 traduce la norma de la llamada cautela Socini. Aparece en los testamentos con gran frecuencia el legado de usufructo universal y vitalicio a favor del cónyuge y la herencia en nuda propiedad y en partes iguales o desiguales a los hijos. Si la disposición no añade otra cosa, cualquiera de los hijos puede y debe obtener que la porción del valor de los bienes hereditarios que debe serle -- atribuido en concepto de legítima propia se le entregue de modo - íntegro e inmediato, liberándolo del usufructo que corresponde al viudo o viuda... El testador puede disponer que si el legitimario no acepta las limitaciones a que se refiere el mismo artículo 133 se reducirá su derecho estrictamente a la legítima, con lo cual - el legitimario se encuentra frente a una opción que libremente --

- 272 -

ejerce y que en la mayoría de los casos conduce a respetar el íntegro usufructo". En sentido semejante PUIG FERRIOL y Encarna ROCA.

V

ALCANCE Y REQUISITOS DE LA CAUTELA.

1. ALCANCE. EL REQUISITO DE LA IMPOSICION EXPRESA.

Determinar a qué casos y objetos hereditarios alcanza la cláusula testamentaria que impone a los legitimarios una opción compensatoria de la legítima es algo que se habrá de resolver caso por caso: es un problema de interpretación de la voluntad del testador para el cual no se pueden dar reglas especiales, siendo --- aplicable en cada caso concreto el artículo 675 del Cc. Hay que averiguar en cada testamento si se trata de una expresa condición, decisiva de la atribución o no atribución, o bien sólo de un precepto dirigido a ejercer una presión moral sobre los legitimarios. Indagando hasta el fondo de la verdadera voluntad del testador, o lo que es lo mismo, hasta dónde quiere éste que se llegue efectivamente en caso de incumplirse su propuesta, para de esa manera -

poder saber si es eso lo que el testador quiere realmente con todas sus consecuencias o bien si lo que quiere es que la expresión de su voluntad se reduzca a una mera manifestación de deseo, consejo o ruego (17).

Cuando ya se sabe que hay condicionamiento jurídico, habrá -- que examinar el alcance que puedan tener las expresiones del testador, o sea si en sus disposiciones quería gravar sólo la parte libre, y entonces no hay cautela, o si quería gravar además la mejora, o también la legítima estricta (18). Como de costumbre, habrá que decidir en favor de la libertad cuando el sentido de la cláusula sea dudoso, porque la libertad se presume, pero no se -- puede rechazar lo que, aun no estando expreso, esté implícito en las cláusulas (19).

Pero lo que sí es siempre un requisito de la cláusula que no puede cumplirse tácitamente de modo que se deduzca la voluntad de otras disposiciones del testador, es la imposición del gravamen, que ha de ser expresa, con palabras dirigidas a ella.

2. EL REQUISITO DE LA ATRIBUCION SUPERIOR.

Como ya hemos dicho, el fundamento de la cautela que estamos tratando radica en la aceptación, por el legitimario, de la mayor atribución ofrecida por su causante de modo incompatible con la reclamación de su legítima. Ya se destacó así en el argumento de

SOCINO el joven, y después (20) GLUCK esgrime parecidos argumentos al decir que "el efecto depende de la libre elección del heredero que quiere aceptar la carga impuesta a su legítima y recibir una mayor ventaja ... cuando por lo tanto el testador deja su legítima al heredero necesario y a la vez ofrece a su elección si quiere renunciar a toda ventaja o someterse a una carga impuesta a la legítima, no puede decirse que el testador obre contra la ley o contra la equidad".

En opinión de VALLET, las cláusulas de opción, para eliminar la acción del legitimario dirigida a la supresión del gravamen (o, en su caso, las otras acciones de defensa de la legítima), deben ofrecer como alternativa a la asignación de la legítima estricta un mayor *quantum* del legalmente debido al legitimario, de modo que el beneficio percibido por él, aún descontando el valor presumible del gravamen, sea superior a dicha legítima.

Esto supondría que, no siendo así, la cláusula de opción sería inválida toda ella -en ambos términos de la alternativa, pues, y se diferiría la sucesión conforme a las otras disposiciones válidas o a la ley.

Pero este requisito se rechaza por LACRUZ con argumentos considerables. Dice: "La insuficiencia cuantitativa no anula la disposición. Dejo a Juan un céntimo, pero si no acepta esta disposición quede reducido a su legítima estricta; pienso que la segunda alternativa vale, pese a vulnerar la primera el derecho de legítima del favorecido. Dígase lo mismo de la prohibición del juicio de testamentaría o cualquier disposición encaminada a indeterminar la cuantía del --

caudal (obligación de no exigir inventario, etc.)" (21).

Por consiguiente, en alternativa con la legítima se pueden poner cualesquiera atribuciones o beneficios, aptos o ineptos, suficientes o no para satisfacer los derechos del "heredero forzoso", pues cualquiera que sea su entidad o cuantía, desde el momento en que mediante la otra alternativa cumple el causante el deber legal, la disposición nunca será impugnabile por vulnerar los derechos de sucesión forzosa.

El límite de los beneficios que se pueden poner en alternativa a los legitimarios, frente a su legítima, se halla sólo en lo inmoral o ilegal. Un término de elección puesto al legitimario con el aliciente de adquirir éstos beneficios superiores a la legítima y contrario a las leyes o a la moral, o bien permite tener la condición por no puesta y aceptar la atribución más amplia puramente y sin limitaciones, o bien, si es la esencia misma de la atribución lo ilícito, inficiona también la otra alternativa y -- anula la disposición completa.

3. EL REQUISITO DE LA INCOMPATIBILIDAD.

A los dos requisitos de eficacia de la cautela hasta ahora -- examinados, o sea, el de que la cautela contenga la atribución al legitimario de un mayor *quantum* del legalmente debido al mismo, y el de que haya expresa imposición del gravamen incluso sobre la --

legítima, hay que añadir ahora un tercero, a saber, la imposición expresa por el testador de la absoluta incompatibilidad de reclamar la legítima y de recibir además lo atribuido por encima de la legítima.

En consecuencia, las cautelas han de estar testamentariamente relacionadas. Ha de establecerse un nexo causal entre la mayor -- atribución conferida y el gravamen impuesto al legatario. Evidentemente, este tercer requisito no hace falta que se exprese en -- aquellos regímenes en que la necesidad de optar se produce *ipso iure*, siempre y cuando simplemente se den aquellos dos primeros supuestos. Ni tampoco es necesario para aquellos autores que han defendido que el testador tácitamente da por establecido este tercer requisito cuando los otros dos requisitos concurren. Esta es la circunstancia que precisamente diferencia las dos posiciones.

Ya vimos varias fórmulas mediante las cuales se relaciona el mayor *quantum* atribuido al legitimario con la aceptación por el -- mismo del gravamen impuesto en el *quale* de su legítima. También vimos otras que aunque incorrientes en su redacción -como ya dijimos, no es ello motivo para privarlas de su eficacia- verifican la conexión imponiendo la atribución de la porción disponible en el caso de no aceptarse el gravamen sobre la legítima. Y otras, generalmente conceptuadas como correctas, ofrecen al legitimario, alternativamente, ya la institución universal con el gravamen señalado, o sólo la institución en la legítima pura pero estricta. O bien: un legado sometido al gravamen, o la legítima pura, (fórmula de la cautela socini). O también: el ofrecimiento, si acepta -

el gravamen sobre su legítima, de un prelegado, una mejora, o un fideicomiso. Y finalmente: la opción entre la aceptación de la herencia con gravamen en el *quale* legitimario o la imposición de un legado de la parte disponible a favor de extraños.

La cuestión principal que nos plantea este requisito radica - en distinguir cuándo el testador quiere realmente condicionar la atribución *ultra legitimam* a la aceptación del gravamen sobre ésta, o bien sólo intenta presionar al legitimario para que lo acepte, pero sin que en su intención se halle privarle de dicho exceso en el caso de que no decida aceptar ese gravamen sobre la legítima. Nos encontramos otra vez ante un problema que tendrá que ser solucionado en cada caso a tenor de lo que se deduzca del testamento, pues es precisamente de éste del que habrá que deducir la verdadera intención del testador.

La incompatibilidad se expresa suficientemente cuando se emplea la fórmula de legar en pleno dominio los bienes disponibles para el caso de que el heredero no quiera aceptar el gravamen sobre su legítima, legado precisamente a favor de aquél a quien se quiere beneficiar con el gravamen. Este sistema, seguido por POTHIER, hace evidente que a través de él queda expresada con toda claridad que se excluye al legitimario de los bienes que para el caso de no querer aceptar el gravamen sobre su legítima son legados a otro expresamente, y asimismo es determinado el destinatario de dichos bienes, que es precisamente su legatario.

Otros autores como BAEZA y Juan GUTIERREZ utilizaron la fórmula

la del prelegado sin prevenir la designación expresa del sustituto para el caso de que el mejorado no acepte la imposición del -- gravamen sobre su legítima, si bien la atribución como prelegado de la mejora, precisamente por atribuir ésta a este título particular, resultaba más expresiva de su no atribución en caso de no cumplirse la atribución del prelegado, que en el caso de no in -- cluir la mejora en la institución de herederos a favor del mejora do, como entendió CASTILLO SOTOMAYOR (22). Fórmula que hace super flua la designación de sustituto puesto que, caducado el prelegado, su objeto se refunde en la masa hereditaria.

Volvemos a hallarnos ante un problema de interpretación de la voluntad del testador, problema que habrá que resolver en concreto, y conforme a lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil.

4. EL REQUISITO DE LA ACEPTACION.

Un requisito más de la cautela es que el legitimario acepte -- la atribución que el testador le ha hecho en su testamento y tal cual la hace en él, o sea con su gravamen.

Los tres requisitos anteriores son determinantes de la eficacia de la cautela. Por ésta puede desembocar en dos resultados di versos según cual sea la voluntad decisoria del legitimario. Por el contrario, este último requisito, no se refiere a la efectividad de la cautela sino a su desenlace; o lo que es lo mismo, a la

efectividad del gravamen compensado con el mayor *quantum* atribuido.

Como señala VALLET es este un requisito que ha dado lugar a muy diversas opiniones e inacabables discusiones. Pero para poder abarcarlas desde su raíz en toda su dimensión, deberíamos remon-
tarnos al examen de un panorama más amplio correspondiente al modo en que debe ser interpretada la aceptación de la herencia, --- aprobación del testamento y la renuncia a impugnarlo, según el modo, términos y circunstancias en que se verificaron. Y, en general, midiendo su alcance según se hayan verificado en términos o circunstancias generales o especiales.

A. LA CUESTION EN EL DERECHO COMUN. Del texto de la ley *Si --- quando et generaliter* del Codex dedujo la doctrina del Derecho común que ni la aceptación tácita o formulada en términos generales de la herencia, ni la aprobación genérica del testamento, ni la renuncia general, bastaban para entender renunciada la posibilidad de reclamar el suplemento de la legítima, ni la remoción de los gravámenes impuestos a la misma.

Aceptada por el legitimario una mayor atribución hereditaria o un legado en lugar de la legítima, ofrecidos por el testador --- únicamente para el caso de que se conforme con el gravamen que --- con afectación de su legítima le impuso, surge la duda de si esa aceptación de lo atribuido en compensación supone la conformidad con dicho gravamen, y por consiguiente la renuncia a toda reclamación en contra del mismo. Es decir, si basta a dicho efecto la ---

simple aceptación de dicha compensación, alternativamente ofrecida al legitimario en el testamento, sin hacer una referencia ex - presa a la lesión en el *quale* de la legítima.

Tendremos que examinar en primer lugar si la compensación --- ofrecida al legitimario es un legado en lugar de su legítima, o - bien, una atribución a título hereditario (alternativamente de -- una mayor cuota o bien de la legítima estricta, según que el legi - timario instituido acepte o no la extensión a su legítima del gra - vamen impuesto), para ver si realmente existen diferencias entre uno y otro supuesto, por lo que se refiere a la eficacia de la -- aceptación de la mayor atribución con respecto al gravamen impues - to sobre la legítima del aceptante.

Una opinión en contra de la eficacia de la aceptación del le - gado con respecto a la efectividad del gravamen fue la de Simon - DE PRAETIS, discrepante del dictamen de SOCINO. Su razonamiento - era el siguiente: "porque la renuncia es de derecho estricto, y - no es presumible ni se infiere sino necesariamente... Por tanto, por la aceptación de lo de ese modo legado no puede entenderse -- que el hijo renunciase a su legítima, por lo cual a la restitu - ción del fideicomiso pueden detraerla sus herederos." "Aceptando el legado, es sabido que se acepta la carga impuesta al mismo, pe - ro ésto sólo es verdad cuando por Derecho puede imponerse esta -- carga: no en cambio, cuando por Derecho no puede imponerse".

Esta objeción pudo ya ser replicada con razones expuestas dos siglos antes por BALDO, al señalar la diferencia entre el legado

bajo condición, que en lo afectante a la legítima se entiende por no puesta, de una parte, y de otra, lo ordenado, revocando la disposición, en caso de reclamarse la legítima, que es válido. Por lo cual, aceptado el legado atribuido con la prohibición de reclamar la legítima, se entendía renunciado el derecho a reclamarla.

También Felipe DECIO al reclamar acerca del testamento de Nicolas Antenoreus y de la aceptación de su hijo Juan Bautista, consideró de modo especial la alternativa ofrecida por aquél a éste y la aceptación del legado por Juan Bautista, lo que presuponía, por tanto, claramente, que a tal aceptación iba aneja la carga.

No obstante este razonamiento fue profundizado por SOCINO iunios, al decir que cuando dos posibilidades son incompatibles, -- quien elige una se entiende que rechaza la otra. Y decía textualmente que "resulta incompatible que Juan Bautista haya a la vez - la legítima y el legado, pues claramente cosnta la voluntad del - testador de que sólo el uno u otro obtuviese; luego resulta que - por la elección del legado debe entenderse renunciado lo que con ese legado era incompatible según la voluntad del testador".

La eficacia de la aceptación del prelegado como conformidad - con el gravamen puesto a la legítima, en el caso de que tal prelegado hubiera sido atribuido para el caso de aceptarse tal gravamen, fue defendida por MENOCHIO, e igual hallamos en aquellos autores castellanos que hicieron jugar la mejora del tercio y quinto como prelegado para el caso de que el favorecido aceptara el - gravamen del mayorazgo impuesto incluso sobre su legítima. Así,

por ejemplo, lo entendieron Juan GUTIERREZ y CASTILLO SOTOMAYOR. Este autor estimó que esta hipótesis estaba excluida del supuesto de la ley *si quando et generaliter*, entendiendo que en este supuesto "aceptando el hijo la mejora, aceptaba tácitamente el gravamen -- que vinculaba su legítima, aunque no lo expresara".

También han sido bastantes los autores que, para el supuesto de que se acepte una mayor cuota hereditaria (institución de heredero: no prelegado) con un gravamen afectante a la legítima, cuando así ha sido atribuida alternativamente con la legítima pura pero estricta, han mantenido una posición igual que para la hipótesis anteriores (23).

¿Cabría que el testador colocara al legitimario en la alternativa de aceptar o de rechazar en un plazo determinado la atribución testamentaria, o bien de entenderse que de no hacerlo ha rechazado o aceptado la atribución?

Algunos autores contemplaron el supuesto en que el testador, además de imponer al legitimario una opción, le intimaba a que dentro del mes de la muerte de aquél aprobase el testamento, y para caso de no hacerlo, le instituya solamente en la legítima, y disponía que el residuo, con sus frutos percibidos desde la muerte del propio testador pertenecieran a otras personas. Entendiendo la mayoría que esta cláusula carecería de eficacia. Pero otros entendieron que no generaba perjuicio al legitimario que aceptara la herencia de su padre el que éste le obligase a aprobar el testamento en cierto término, y mucho menos que dispusiera que se entendería aprobado el testamento, si no lo contradijere en el plazo de

diez días a contar desde el día de la muerte del testador, ya que nunca puede entenderse renunciada la legítima.

Todavía podemos plantearnos la cuestión relativa a si es realmente posible verificar la aceptación del llamamiento testamentario con la reserva de no aceptar el gravamen impuesto sobre la legítima, o de no renunciar a derecho alguno que realmente pueda corresponder al llamado.

La generalidad de la doctrina rechazó la posibilidad de tal reserva por el simple hecho de ser dos cosas incompatibles, de modo que a la vez no pueden ser -como ocurre en este caso- tener la legítima sin carga y conseguir toda la herencia; el que elija lo uno se entiende por esa sola elección que rechaza lo otro.

B. CODIGO CIVIL. Todas estas cuestiones, evidentemente tenemos que volver a replanteárnoslas a los ojos de nuestro Derecho actual, teniendo ante todo en cuenta dos principios fundamentales de nuestro sistema.

Por una parte y a tenor del artículo 990 del Código civil "la aceptación o repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo o condicionalmente". Y por otra parte, y según establece el artículo 813, párrafo 2º, del Código civil, el testador "tampoco podrá imponer sobre ella (la legítima) gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo". Por lo que conjugando ambos principios recogidos en los dos citados preceptos del Código civil podemos

deducir las siguientes consecuencias:

- a) La aceptación pura y simple de la herencia no implica la - aceptación del gravamen puesto por el testador sobre la legítima del aceptante, que como hemos visto conforme al artículo 813-2° debe tenerse por no puesto.
- b) Sin embargo, no parece haber inconveniente en que, deferida la herencia, el legitimario acepte la carga impuesta sobre su legítima. Así resultaría del artículo 6-2°, según - el cual "la renuncia a los derechos en ella -la ley- reconocidos, solo será válida cuando no contrarie el interés o el orden público ni perjudique a terceros ". Por lo que *a sensu contrario* que a "toda renuncia o transacción sobre la - legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula".

Ahora bien, esa aceptación del gravamen o renuncia a - reclamar contra el mismo no han de ser expresas; al contrario, pueden ser tácitas, por lo que no sólo bastaría para ellas cualquier tipo de demostración clara, sino que pue-den resultar tácitamente de estas demostraciones claras, - sin expresión, declaración formal o con silencio (24).

- c) Si el testador ha condicionado la atribución -dispuesta -- por cualquier título- de la parte de libre disposición a favor del legitimario, como esa condición no está afectada por el párrafo segundo del artículo 813 del Cc., ni tampoco por el artículo 792, evidentemente actuará suspendiendo

el llamamiento a esa parte libre hasta tanto se acepte el gravamen puesto a la legítima o resolviéndolo en caso de -- que se contravenga el hecho condicionante.

Aceptar la mayor atribución (ya esté hecha a título de herencia o de legado, prelegado, etc.) significa la renuncia a impugnar el gravamen impuesto sobre la legítima y la aceptación de ese gravamen, dado el carácter incompatible de una y otra cosa. Incompatibilidad que da lugar a que -- sea ineficaz toda reserva que el aceptante pudiera hacer.

- d) El heredero que se inmiscuye en la herencia aunque sin realizar actos que pudieran considerarse de aceptación de la misma -conforme a los artículos 999 y siguientes del Código civil- en caso de reclamar ulteriormente contra el gravamen puesto a su legítima, perderá retroactivamente la -- atribución compensatoria, que deberá devolver a quien co-rresponda. Resultado que puede deducirse del art. 816 del Cc. que dispone que el legitimario que hubiere renunciado o transigido sobre su legítima futura, al estimarse esa renuncia como nula podrá reclamarla", pero deberá traer a colación lo que hubiese recibido por la renuncia o transac-ción". Por lo tanto, y con más motivo, los que no aceptaren la renuncia o transacción propuesta por el testador para -- después de su muerte, deberán ser excluidos o tendrán que -- devolver, en su caso, lo que el testador les hubiese asignado en compensación y ellos hubiesen recibido.

e) En el supuesto de inmiscuirse el legitimario en la herencia con actos de mera administración sin aceptarla expresa ni tácitamente, no parece que ofrezca duda que en caso de que el legitimario no opte por rechazar su herencia testada ni por contentarse con su legítima estricta, los que es tén interesados en ello podrán instarle en juicio para que acepte o repudie conforme al artículo 1005 del Cc., y en ese caso y como se deduce de ese mismo artículo del Código "deberá el juez señalar a éste un término que no pase de treinta días para que haga su declaración apercibiendo de que si no lo hace se tendrá la herencia por aceptada". Y por aceptada tal y como le fue relicta, es decir, con su mayor *quantum* y por tanto, de modo incompatible con reclamar la pureza de su *quale* legitimario.

5. EL ACTO DE ELECCION.

El acto de elección y opción del legitimario ha sido enfocado por la doctrina desde diversos puntos de vista: como renuncia de la herencia forzosa si se acepta la institución testamentaria --- así lo entiende un sector encabezado por ESPINAR (25), o bien, como entiende LAMBERT (26), aceptación de una desheredación que sería ineficaz sin tal aceptación; o bien, como renuncia a la --- atribución testamentaria cuando se opte por recibir la legítima, que ciertamente ha sido atribuida por el testador al legitimario

si éste la prefiere. Pero como señala D'AVANZO(27) lo que sin duda se ve claro es una facultad de elección, que podría implicar, bien una novación, una compensación, una dación en pago, una ce-sión, o simplemente la aceptación de una forma de pago distinta a la debida inicialmente.

Mientras el legitimario no elige entre la atribución testamentaria y la posible legítima estricta, los llamamientos se hallan en suspenso, sea en su existencia o (si ha aceptado ya la herencia o legado, sin optar) en su alcance. Aceptada expresamente la atribución con gravamen de la legítima, se pierden las acciones derivadas de la intangibilidad de ésta, y ello aunque el beneficio aceptado sea cuantitativamente inferior, pues ha de entenderse que cuando el causante puso en alternativa, de una parte tal beneficio, y, de otra, "lo que por legítima le corresponda", no ha pretendido dar a elegir al descendiente o ascendiente entre un legado de alícuota y una disposición cualitativa y cuantitativamente insuficiente más la acción de lesión de legítima, sino acallar al legitimario (LACRUZ).

Según VALLET, "el heredero que se inmiscuye en la herencia, - aunque sin realizar actos que pudieran considerarse de aceptación de la misma (conforme los arts. 999 y ss. Cc.), en caso de reclamar ulteriormente contra el gravamen puesto a su legítima, perderá retroactivamente la atribución compensatoria, que deberá devolver a quien corresponda. Resulta al efecto un argumento de *maioris ad minorem* del inciso final del art. 816 del Cc., ya que dispone -- que el legitimario que hubiere renunciado o transigido su legíti-

ma futura, al estimarse esa renuncia por nula, podrá reclamar: --
la... ; pero deberá traer a colación lo que hubiese recibido por
la renuncia o transacción. Tanto más, pues, los que no aceptaren -
la renuncia o transacción propuesta por el testador para después
de su muerte, deberán ser excluidos de recibir o tendrán que de -
volver, en su caso, lo que el testador les hubiese asignado en --
compensación".

La elección se verifica por declaración unilateral. Cuando --
sean varios los legitimarios gravados, puesto que ninguno de ----
ellos debe estar sometido a la voluntad de los otros, parece que
el derecho de opción es divisible, y que cada coheredero puede --
elegir independientemente de los demás.

272

VI

LA CAUTELA LEGAL DEL ARTICULO 820-3.

1. ANTECEDENTES.

Según el artículo 820-3° del Código civil, "si la manda con - siste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al le gatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador".

"Debe presumirse -dice DEMOLOMBE- que el difunto quiso efec - tuar una disposición válida y eficaz, mejor que una disposición - nula; por tanto, la disposición quedaría desnaturalizada y tergi- versada en su unidad, en su indivisibilidad, si el heredero reser vatorio pudiese, a la vez, conservar la nuda propiedad de la par-

te disponible y hacer reducir el usufructo o la renta vitalicia".

"Es cierto -reconoce- que el testador pudo imponer expresamente al heredero reservatario la opción entre respetar ambas disposi-
ciones o renunciar a la parte disponible si prefería exigir la re-
ducción del usufructo o la renta vitalicia. Pero -replica- pudo -
estimar innecesario expresarlo, por resultar implícito dado el ca-
rácter indivisible de su disposición".

El artículo 820-3° no puede estimarse como de Derecho necesas-
rio, por lo cual, en principio, queda fuera de duda que el causan
te pueda eliminar la necesidad de que el legitimario opte por uno
u otro término, o bien regular de modo diverso el destino de la -
parte disponible, para el supuesto de que el legitimario pida la
reducción del usufructo o de la renta vitalicia legados.

El artículo 805-3 del anteproyecto de 1881 y el art. 649-3 --
del proyecto de 1851 consituyen los precedentes del actual artícu
lo 820-3. Si bien el texto del proyecto de 1851 concuerda y no es
mas que una traducción literal del artículo 917 del Código de Na-
poleón, en que en el segundo término de la opción "ou de faire --
l'abandón de la proprieté de la quotité disponible" se tradujo --
por "o abandonar la porción disponible", corrigiéndose en el art.
805 del anteproyecto por "o abandonar la parte de herencia de que
podfa disponer libremente el testador", y por último, en el texto
definitivo del art. 820-3 del Cc., la palabra *abandonar* se sustitu
yó por la expresión "entregar al legatario". Es decir, el texto -
español invita a entregar al legatario donde el francés propone -
abandonar.

GARCIA GOYENA, en el proyecto de 1851, decía que es el art. - 917 francés, 965 holandés y 1486 de Louisiana y para DEMOLOMBE, - el Código de Napoleón se inspiró a su vez en una solución de "l'an- cien Droit", si bien ésta se refería a supuestos más extensos, y no había sido ni siquiera unánimemente aceptada por el "Droit cou- tumier". Pero como señala VALLET DE GOYTISOLO la cuestión tiene - raíces mucho más profundas. Ya en un texto del Digesto de SCAEVO- LA -y recogido también en el de JUSTINIANO- conocido por la ley - *Uxori meae*, interpreta la siguiente cláusula testamentaria: "*Uxori meae usufructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octode- cim*". La respuesta fue que a la mujer le correspondía el usufruc- to de todas las cosas: "*respondit secundum ea, quaque proponerentur, om- nium pertinere*".

No obstante en la Glosa de ACCURSIO encontramos ya la opinión de que esta ley *Uxori meae* había sido ya derogada por la ley *Qua- niam in prioribus* y por la Authentica *Novissima*. En la primera de --- ellas, JUSTINIANO agregó que "si por algunas condiciones o plazos u otra disposición que produjese demora, modo, y otro gravamen, - se produjese menoscabo en los mencionados derechos, se suprimiere dicha disposición, plazo o condición que causase la demora o pro- dujera cualquier gravamen...".

Es evidente que esta ley pudo interpretarse en el sentido de que se refería a un hijo instituido sólo en la legítima y gravado en ella, es decir, fuera de la hipótesis de posible compensación del gravamen con el exceso recibido además de la legítima. Compen- sación aceptada también en la ley *Si pater puellae*, para un supues-

to de sustitución fideicomisaria recíproca entre madre y dos hi -
jos gravados de restitución, para el caso de fallecer antes de -
cumplir los 25 años.

Sin embargo, la Constitución de JUSTINIANO del año 536, *De ---*
treinte et semisse fue más rotunda, y su planteamiento fue más pro -
fundo. Era el siguiente: "Sabemos de algunos testadores, que no -
hicieron paternalmente las instituciones para cuando morfan, ni -
como convenía a los hombres, sino con demasiada debilidad y falta
de entereza, pues dejaron a sus mujeres el usufructo de todos sus
bienes, pero a sus hijos la nuda propiedad. Por lo cual creo que
la intención de tales testamentos es la de que las mujeres adqueie
ran la nuda propiedad cuando los hijos hayan perecido acaso de --
hambre". Por ello la Novela ordenaba "no le será, pues, lícito, -
en lo sucesivo, absolutamente a ninguno que tenga hijos, hacer en
modo alguno tal cosa, sino que de todos modos les dejara así el -
usufructo de esta parte legítima, que hemos señalado, como tam --
bién la propiedad". Añadiendo Paulo DE CASTRO en su comentario a
la *Authentica Novissima* que no es posible compensar el usufructo -
correspondiente a la legítima, con la propiedad de la parte libre.

2. DERECHO COMPARADO.

Existe una evidente concordancia entre los artículos 917 del
Código civil francés; 810 del Código civil italiano de 1865, des-

arrollado en el 550 del vigente Código, y con el art. 820-3 del Cc. español: todos conceden a los legitimarios una facultad entre escoger el cumplimiento del legado de usufructo o renta vitalicia excedente de la parte disponible, o bien entregar el pleno dominio de ésta a dicho legatario o de usufructo o renta vitalicia -- (28).

Entre el artículo 917 del Código civil francés y el art. 820 del Cc. español, desde un punto de vista literal, no se observan más que dos diferencias. Una, que aquél, a sus primeras palabras añade "Si la disposición" "por acto entre vivos, o por testamento", palabras que faltan en el n° 3 del artículo 820 español, pero que sin embargo están implícitas en él, ya que trata este artículo de la reducción de donaciones y legados. Otra ya señalada, - que el Código de Napoleón, al expresar la opción del legitimario que no acepte el gravamen señala la de "faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible", mientras que el Código civil español indica la de "entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador".

Entre el texto francés y el art. 810 del Cc. italiano de 1865, las únicas diferencias importantes son: en primer lugar, la sustitución de las palabras "dont la valeur" por "el cui reddito", con referencia al usufructo o renta vitalicia, variación que ya había sido establecida en el Código Albertino, y además, la atribución al legitimario en el Código italiano de "la stessa scelta". Cuando el testador ha dispuesto de la nuda propiedad de una parte excedente de la disponible.

Por su parte, el artículo 550 del vigente Código civil italiano -aparte de haber introducido algunas correcciones de redacción- contiene dos adiciones que aclaran algunos extremos, que ya ha ha -- bían sido discutidos por la doctrina con respecto al precepto anterior. Así, el inciso final del primer párrafo añade: "Nel secondo caso, il legatario, conseguendo la disponibile abbandonata, non acquista la qualità di erede"; y un tercer párrafo dice que "si i legittima sono più, occorre l'accordo di tutti, perche la disposizione testamentaria abbia esecuzione". Pero todavía nos podemos preguntar ahora: ¿corresponden estas aclaraciones del nuevo texto a la interpretación predominante en Francia y España, o más bien se apartan de ellas?.

Difiere de los latinos el sistema del BGB (29) que en su párrafo 1036 considera como no ordenada la institución de un heredero sucesivo, el nombramiento de un executor testamentario, la ordenación de división, el gravamen de un legado, modo o limitación, cuando la porción hereditaria dejada al legitimario no sobrepasa la mitad de la porción hereditaria, es decir, cuando no excede de la porción de la cuota legitimaria. Pero si la porción hereditaria dejada al legitimario es mayor, éste sólo puede exigir su legítima dejada sin cargas si repudia la porción hereditaria, o de lo contrario debe someterse a sufrir tales cargas. ROGIN pese a - observar que se han exagerado las dificultades de la reducción, - manifiesta sus preferencias por el sistema francés por razón de - su simplicidad.

Como señala SCHOPP (30) esta cláusula sociniana, si bien pue-

de tener efectos favorables para garantizar la paz entre los legitimarios, y entonces es muy práctica; con todo el empleo formulario de la misma la puede convertir muchas veces en una pura farsa, pues la seguridad que presta únicamente tiene sentido cuando el - afectado por la reducción a su legítima sufre grandes desventajas en el caso de tener que elegir ésta. De manera que si por el contrario la elección de la legítima sólo le proporciona ventajas, - elegirá precisamente el camino que el causante quiso evitar que - eligiera. Señalando asimismo este autor que mediante una correcta configuración de la cláusula, se puede garantizar el bienestar -- del cónyuge sobreviviente frente a los hijos.

Jurídicamente contemplada la cláusula según la cual el que se oponga al testamento quedará limitado a la legítima es una atribución de última voluntad. De manera que esta pretensión de legítima no aparece en fuerza de la ley, sino en base de lo dispuesto - en el testamento.

Por lo que se refiere a la naturaleza de la cautela la doctrina alemana se inclina por pensar que se trata de una atribución - alternativa, de manera que si el legítimo no quiere reclamar - la legítima, entonces deberá recibir A; en el caso contraio, deberá recibir B, pero que las atribuciones A y B según el tenor literal de la cláusula y la cognoscible voluntad del causante no están una al lado de la otra equiparadas. Por lo tanto podría decirse contra esta construcción que si se tratase de dos atribuciones alternativas, según los principios que gobiernan las obligaciones de este tipo, una vez que el legítimo hubiera hecho su elecion --

ción en favor de una, la otra desaparecería. Ahora bien: en los - casos de cautela legal no se puede hablar de un derecho de elec -- ción que por su ejercicio agota los demás términos electivos.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Hamm de 11 de enero de 1904 presentó las cosas como si el legitimario sometido a la - cláusula tuviera un derecho de elección, igual que en un legado - alternativo, entre la herencia que se le deja gravada o su legít*im* ma. Sin tener en cuenta la dificultad que representa para ésto la irrevocabilidad de la aceptación, que en el Derecho alemán sobreviene por el mero trascurso del tiempo sin repudiar.

La elección no está sometida a forma especial ni a plazo, de manera que el legitimario no ha perdido su derecho de elección -- por el hecho de haber intervenido en la partición de la herencia.

3. CAMPO DE APLICACION DEL PRECEPTO.

Se plantea en la doctrina la cuestión de si lo dispuesto para el caso de ser afectada la legítima por el legado de un usufructo o de una renta vitalicia, cabe aplicarlo también a otros supues - tos de gravamen, y si lo reglamentario para aquéllos puede ser -- sustituido o modificado por disposición expresa del causante.

Parece evidente que la aplicación del precepto al usufructo - debe comprender, por identidad de razón, la de los derechos de --

uso y habitación, caracterizados igualmente por su temporalidad vitalicia, y por lo tanto incierta, así como por las mismas dificultades de valoración. Como han señalado PLANIOL y RIPERT en Francia y D'AVANZO en Italia, no cabe plantearse duda alguna en cuanto a este extremo.

También, y por interpretación *de minus ad minus*, parece que podría proyectarse el precepto de la renta vitalicia a las rentas temporales, igualmente inciertas por cuanto su terminación puede anticiparse a un momento incierto cuando el pensionista fallece antes, hecho que daría lugar, como establece el artículo 880 del Cc., a su extinción. Entiende GULLON que también podría extenderse a las rentas alimenticias, inciertas además en su cuantía, y por tanto más difíciles de valorar.

Ahora bien, mientras en Italia la norma comprende la nuda propiedad excedente de la correspondiente porción disponible, el silencio de los Códigos francés y español, impide su extensión a la misma.

En Francia, algún autor como DEMOLOMBE, ha entendido que subsistía la duda del régimen anterior al Código sobre este punto, y que debía por tanto resolverse de igual modo como había sido solucionada en el Código la cuestión inversa, siendo tan aleatorio el valor legado en el uno como en el otro supuesto. Sin embargo, la jurisprudencia francesa, ha resuelto negativamente tal equiparación contra lo cuál y según han observado AUBRY y RAU (31) y PLANIOL y RIPERT (32), no siendo la nuda propiedad un derecho vitali

cio, como ocurre en el caso del usufructo o la renta vitalicia, - sino perpetuo, no es posible asimilar los supuestos; y por otra - parte ya que el legitimario tiene derecho a su cuota "in natura" y "en propiedad", el aplicarle una disminución perpetua de su derecho, no se impone a la legítima, puesto que se da opción a los legitimarios para recibirla libre a cambio de ceder su usufructo de la parte disponible.

Cabe afirmar, en principio, que la fundamental razón para negar en este caso la aplicación del precepto estriba en el carácter excepcional que cabe darse a una norma que coloca al legitimario en una alternativa a la cual pudo someterle el testador, y -- sin embargo no lo hizo. Como señalan AUBRY y RAU "el legislador - puede, sin duda, añadir a disposiciones de naturaleza particular ciertas determinaciones o condiciones, como resultantes de la voluntad presunta del disponente, pero para esto hace falta un texto formal. Se trata de una excepción a las reglas de Derecho común que no admite interpretación extensiva".

En principio también, este mismo criterio negativo parece --- aplicable -en los tres regímenes que estamos examinando- a aquellos -llos casos de ser impuestos a la legítima otro tipo de gravámenes (por ejemplo, fideicomisos, condiciones, términos o modo), aunque a los legitimarios gravados se les deje además toda, o por lo menos una parte, de la porción de libre disposición. La necesidad - de optar entre aceptar la carga o renunciar a la porción disponible (y siempre fuera de los casos especialmente previstos por la ley) únicamente puede ser impuesta por el testador. Posibilidad,

por otra parte, como sostiene Amadeo de FUENMAYOR (33), generalmente admitida por la doctrina.

4. DIVERSIDAD DE LEGADOS.

Otro problema suscitado por la doctrina de los Códigos latinos es el relativo a la aplicación del precepto a los supuestos de haberse dispuesto varios legados conjuntos, o bien sucesivos, de usufructo o renta vitalicia, o uno de cada una de ambas especies, y muy especialmente en el caso de haberse dispuesto, además del usufructo o renta vitalicia, otro y otros legados afectantes a la porción disponible. No existe acuerdo por parte de la doctrina. Algunos autores entienden que en el supuesto de incurrir el legado de usufructo o renta vitalicia con otros u otros de nuda propiedad debería reducirse. Así AUBRY y RAU entienden que la evaluación es siempre necesaria para su reducción, la cual debe tener lugar si concurren con legados de diversa clase, o bien si hay rentas vitalicias o usufructos sucesivos. PLANIOL y RIPERT, por su parte, dicen que el artículo 917 únicamente es aplicable cuando hay un solo legado de usufructo o renta vitalicia y dan por supuesto que no lo es si los legados dispuestos son varios. SAVATIER (34) tampoco cree aplicable el artículo en caso de coincidir liberalidades del tipo previsto en el mismo y otras de otro tipo, ya que en este supuesto no se trataría sólo de una relación entre legitimarios y legatarios, o donatarios de usufructo o ren-

ta vitalicia.

Por el contrario MARCADE (35) entiende que la reducción no es nunca necesaria en la relación entre herederos y legatarios de -- usufructo o renta vitalicia, sino sólo en la relación entre éstos y los demás legatarios. En el mismo sentido DEMOLOMBE cree que el heredero cumplirá con abonar el excedente de la parte disponible y la reducción sólo jugará entre los legatarios, valorándose sólo a este efecto la renta vitalicia o el usufructo; y que tratándose de usufructos o rentas vitalicias sucesivas, la propiedad de la - parte disponible abandonada por el legitimario pertenecerá al llamado en segundo término, quedando el primero como mero usufructuario o pensionista.

En Italia ASCOLI (36) y COVIELLO (37) defienden que el precepto correspondiente se refiere únicamente a aquellos supuestos en que solo se haya dispuesto un legado de usufructo, renta vitali-
cia o nuda propiedad. Por el contrario GANGI, CHIRONI y AZZARITTI-
MARTINEZ opinan que el abandono de la parte disponible es posible aunque dichos legados sean varios o concurren con otros de distin-
ta clase.

Por lo que a España se refiere; se ha ocupado fundamentalmente de este tema GULLON BALLESTEROS, entendiendo, que solamente el artículo 820-3 es aplicable cuando existe un único legatario que sea de usufructo o de renta vitalicia, si bien extiende su aplicación al caso en que este único legatario, además, y a la vez, resulte - beneficiado con un legado de otro tipo.

Se funda GULLON en el carácter excepcional del indicado precepto, que impide su interpretación extensiva, y en que ha de quedar salvada la posibilidad de aplicar la regla segunda del mismo artículo, que ordena la reducción de los legados a prorrata. Pero en cambio afirma que en caso de concurrir aquel legatario con otro de clase diferente no es posible aplicar este precepto por las razones antes señaladas; ya que, o bien se da la parte libre al legatario de usufructo o renta vitalicia, o bien se cede la parte de libre disposición a todos los legatarios; en contraposición total, no sólo con la voluntad del legatario -que no es de usufructo, ni de renta vitalicia- sino con la del mismo testador, si el objeto del legado es de los enumerados en el art. 887, artículo que señala cierto orden de prelación en caso de que la herencia sea insuficiente para pagarlos todos; y si no lo es, estaríamos ante una vulneración de la regla que impone la prorrata, y en presencia de un cambio de objeto legado, que no tiene facultad el heredero forzoso para imponérselo.

Pero como pone de manifiesto VALLET (38), GULLON no tuvo en cuenta que el artículo 820-3 del Cc. solamente regula la relación entre legitimarios y usufructuario o pensionista, quedando fuera de su texto el ulterior problema de la reducción que pueda ser necesario hacer entre estos legados y los demás de otro tipo. Por otra parte, el legitimario sólo entrega al legatario de usufructo o renta en el caso previsto en el artículo 820-3 la propiedad de la parte de libre disposición que a él le correspondería, pero no aquella parte especialmente legada a otras personas; y todo ello

sin perjuicio del ulterior juego de la reducción a efectuar entre los legatarios de una y otra clase, cuando la parte disponible no bastase para satisfacer a todos.

5. EL "EXCESO DE LA PORCION DISPONIBLE",

El Código francés y el Código español, con referencia al usufructo y a la renta vitalicia cuestionados, precisan respectivamente: "dont la valeur excède la quotité disponible", y "cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible"; incisos que han dado lugar a idénticos problemas. A diferencia de ellos el Cc. -- italiano, ya en su primera edición de 1865, y siguiendo al Código Albertino, dejó resuelta totalmente la cuestión, al decir textualmente "il cui reddito eccede quello della porzione disponibbile".

La interpretación de aquellas expresiones ha dado lugar a que la doctrina adopte varias posiciones.

a) Para algunos autores debe hallarse el valor del usufructo o de la renta vitalicia fijando su valor venal, y sólo en aquellos casos en que dicho valor exceda del de la cuota disponible, los herederos podrán cumplir abonando la propiedad de la porción disponible con que el testador les había beneficiado.

En Francia, esta opinión había sido defendida por LEVASSEUR, apoyándose en la letra del artículo 917 del Código. También LAU -

RENT (39) entendió que debería estarse al texto de este precepto, y que la objeción de que con éste criterio sería necesario hacer la estimación de dichos legados, no debe afectarnos, pues hay que atenerse a la ley, de manera que los trabajos preparatorios no -- tienen la significación que se les pretende atribuir. No obstante, este autor reconoció que debería prescindirse de su opinión, por el hecho de ser rechazada por todo el mundo.

En España, ya SCAEVOLA opinó que era necesario capitalizar el usufructo al interés legal -y sin atender a ninguna otra circunstancia- para comprobar si realmente excede éste de la parte disponible; de lo cual puede deducirse que en realidad SCAEVOLA no buscaba el valor del usufructo, sino que únicamente comprobaba si -- esas rentas afectaban al capital de la porción legitimaria.

Ha sido GONZALEZ PALOMINO (40), quien ha defendido la tesis -- de que debe hallarse el valor del usufructo, resucitando, como pone de manifiesto VALLET DE GOYTISOLO, la posición que ya vimos -- sostenida en la Glosa de ACCURSIO, al interpretar la ley *Uxoris meae*. Su argumentación se sintetiza en la consideración de la legítima como una cuota parte del valor de los bienes de la herencia, y en la de que el usufructo es un derecho perfectamente valorable y la nuda propiedad tiene también su valor, por lo cual cabría pagar -- los derechos de los legitimarios con adjudicaciones en nuda propiedad.

ROCA SASTRE (41) alegó en contra el artículo 813-2, a lo que GONZALEZ PALOMINO replicó que no veía claro cómo se grava una le-

gftima si se adjudica al legitimario por su justo valor, con de -
ducción del valor de la carga, una finca hipotecada, o la nuda --
propiedad de la finca; concluyendo que la cosa sigue inalterable
si en vez de una finca hablamos de una herencia. Sin embargo, y -
si se entiende, según la interpretación usual del artículo 813,
que su inciso final "salvo lo que se refiere al usufructo del viu
do" sólo se refiere al usufructo legal de éste, implícitamente se
excluye cualquier otro usufructo. Por otra parte, la legítima, en
principio, es porción de bienes *in natura*, y no desintegración de
éstos en derechos creados por el testador al efecto; ya que crear
un usufructo sobre los bienes que se atribuyen en nuda propiedad
y en pago de la legítima, supone aplazar el disfrute de ésta.

b) Contra la opinión de que la expresión "dont la valeur" del -
Código de Napoleón se refiere a la valoración del usufructo o de
la renta vitalicia, DEMOLOBBE (42) alegó que la intención del le-
gisla^{do}r en el artículo 917 es la de evitar la estimación del usu
fructo o de la renta; y por otra parte la de permitir que el here
dero pueda tener siempre el goce libre e inmediato de su reserva
o legítima; finalidades ambas que caben dentro de tal interpreta
ción.

Lo que precisamente trata de evitar el precepto es que el usu
fructo o la renta vitalicia tengan que ser valorados, dadas las -
dificultades que presenta su valoración, y deja a la libre volun
tad del heredero la determinación de lo que mejor le convenga se
gún su personal apreciación del gravamen impuesto, sea mayor o me
nor, objetivamente apreciado, que la parte disponible. Así, por -

lo menos, lo entendieron SAVATIER y AUBRY y RAU. Opinión que ya - había sostenido en España GARCIA GOYENA, respecto al número 3 del artículo 649 del proyecto de 1851, al decir literalmente que "los legatarios del usufructo o de la renta vitalicia no pueden quejarse; pues que se les da todo aquello de que pudo disponer libremente el testador; los herederos forzosos tampoco pueden quejarse, - puesto que son libres de ejecutar la disposición, si creen que no es inoficiosa o excesiva, o reemplazarla, cediendo la parte disponible, si es que creen lo contrario".

Por su parte MANRESA (43), sosteniendo el mismo criterio, destacó que el usufructo, las pensiones y las rentas vitalicias, no pueden sujetarse para su evaluación a una regla general, por se - la época de la muerte del usufructuario o pensionista un hecho incierto ... sobre lo cual es difícil que haya conformidad entre - herederos y legatarios; y que, precisamente por eso, fue por lo - que se estableció el precepto del artículo 820-3, dejando la opción a la libre voluntad de los herederos.

c) Por último, otra serie de autores, entienden que lo que prevé el artículo 820-3 del Cc. es el caso de que el usufructo o renta vitalicia afecte a bienes que exceden de la parte de libre disposición, o a una cuota parte superior a la de ésta. Así LACRUZ - entiende "que la palabra valor está referida a los bienes gravados, y no al valor de capitalización del gravamen: de otra manera el artículo sería inútil, pues si lo superior a la parte disponible es el valor de capitalización del usufructo o la renta, resulta claro que tales disposiciones lesionan la legítima, y no es --

preciso dar opción alguna al legitimario".

A esta opinión le objeta GULLON (44) que la referencia al valor de los bienes gravados sería inaplicable al legado de renta vitalicia, pues en ésta, y a diferencia del usufructo, no hay gravamen de ningún bien, lo cual no es siempre cierto.

Otros piensan también que debe distinguirse entre el usufructo, para el cual debe atenderse siempre a si el valor de los bienes usufructuados excede de la parte disponible, y la renta vitalicia, respecto de la cual deberá atenderse, a si su pensión excede de las rentas de la parte disponible.

Por último, hay quienes opinan que en principio debe uno atenderse al valor de los bienes gravados con relación al valor total computable a efectos de fijar las legítimas; pero si el gravamen no absorbe totalmente las rentas de los bienes especialmente gravados, deberá fijarse proporcionalmente la porción gravada y la libre de estos bienes, para realizar la comparación sólo con aquella parte; y si se trata de una renta, deberá capitalizarse ésta al interés legal y sin hacer deducción alguna por su carácter temporal o vitalicio, y compararse la capitalización obtenida con el valor total computable para calcular la legítima; a fin de ver si tal capitalización sobrepasa o no la porción disponible.

Esta solución es la que mejor respondería al modo como se hace el cómputo de la legítima, para saber la parte de ella que debe estimarse libre de gravamen o la parte que efectivamente se halla gravada. En el caso en que en la herencia haya capitales inac-

tivos pero fácilmente enajenables, parece también lo más justo hallar su valor venal, para compararlo con el necesario para producir al interés legal la pensión legada.

Si bien en estos casos, el diverso resultado que arroja este criterio, respecto al de comparar sólo los réditos, es bastante notable.

6. PLURALIDAD DE LEGITIMARIOS Y OPCION.

Por lo que a Italia se refiere, el texto de la última versión del Código civil, en su artículo 550, resuelve las discusiones -- que se habían planteado en torno al artículo 810 del Código de -- 1865 acerca de si la opción de los legitimarios debía ser ejecutada conjuntamente, o bien si éstos podían actuar de manera individual. Según el número 3 del art. 550, "se i legittimari sono piu occorre l'accordo di tutti perche la disposizione testamentaria - abbia esecuzione". Sin embargo, el problema sigue en pie en las - legislaciones española y francesa.

La cuestión en España apenas ha sido discutida, y en Francia el criterio de la doctrina es casi prácticamente contrario al de la actual solución italiana. Cabe decir que solo DURANTON se ha - inclinado por la necesidad del acuerdo unánime de los herederos , por estimar que no puede obligarse al legatario a dividir su derecho, recibiendo parte en usufructo o renta vitalicia y parte en -

propiedad, fundando su opinión este autor en la indivisibilidad - de la acción de retracto ejercitable por los herederos del vendedor.

La opinión contraria ha sido sostenida, entre otros, por DEMOLOMBE, AUBRY y RAU, PLANIOL y RIPERT. Así DEMOLOMBE concreta que el principio general de que los derechos se entienden divididos entre los herederos, y el carácter excepcional que en Derecho tienen los supuestos de indivisibilidad, son contrarios al argumento de DURANTON, negando la analogía entre la situación del comprador sujeto a retracto y la del legatario. De modo que sólo en el caso de que se tratara de un derecho indivisible estima DEMOLOMBE la necesidad de acuerdo entre los herederos. Criterio seguido también por PLANIOL y RIPERT, que en este caso, y a falta de acuerdo entre los interesados, aceptan que puedan decidir los tribunales, siguiendo en principio, pero no necesariamente, la voluntad de la mayoría.

En la doctrina española GONZALEZ PALOMINO ha entendido que a falta de unanimidad "el legado sería directamente ejecutivo en los términos dispuestos por el testador". Sin embargo, la opinión de este autor es totalmente contraria a la aceptada por el art. 550 del Cc. italiano del 42. La unanimidad la requiere éste, no para aceptar el gravamen del usufructo o renta vitalicia sobre la legítima, sino para ceder la propiedad de la parte disponible. Lo cual a primera vista parece difícil de compaginar con la intangibilidad de la legítima tal como parece resultar del artículo 813 del Cc.

Criterio contrario sostiene GULLON (45) al inclinarse por la posibilidad del ejercicio individual de la opción por cada uno de los legitimarios, examinando la posibilidad de aplicar análogamente la doctrina del art. 839 del Cc. de 1889, que para la conmutación de la cuota legal usufructuaria del viudo exige mutuo acuerdo o en su defecto mandato judicial. Pero prescindiendo de cual deba ser la interpretación de esa expresión, parece ser que no cabría tal analogía, ya que en la hipótesis del 839, se trata de -- conmutar una cuota usufructuaria legal, y en el caso del artículo 820-3 la conmutación se refiere a un usufructo voluntario que grava las legítimas, y que por lo tanto éstas no tienen porqué soportar. Por ello podría ser decisivo el argumento de que si el legado constituye un gravamen de legítima, no debe dejarse al arbitrio de otro coheredero la elección de la forma en que cada cual habrá de disfrutarla.

7. EL ABANDONO O ENTREGA.

El artículo 917 del Cc. francés señala como uno de los términos de la opción el de "faire l'abandon". Paralelamente, el artículo 550 del actual Código italiano habla de "abbandonare", al referirse a la porción disponible. En cambio, el artículo 823-3 del Cc. español concreta este último término de la elección en "entregar al legatario" dicha parte disponible. No obstante, y pese a la mayor indeterminación de la expresión "abandonar", ni en Fran-

cía ni en Italia se ha dudado de que ese abandono se verifica precisamente a favor de ese legatario de usufructo de la renta vitalicia. Así, por ejemplo, BARASSI (46) entiende que el legatario - adquiere por vía de acrecimiento, determinado por la ley, de manera que si el legado era de nuda propiedad, la consolidación era - lo natural, pero si el legado era de usufructo, ya resultaría chocante tal consolidación, y si se tratara de una renta vitalicia, técnicamente no puede hablarse de acrecimiento ni de consolidación -- ción.

Por lo demás, y por tratarse de un precepto declarativo, no ca be duda, por lo que se refiere a la necesidad de abandonar la parte disponible, de que el testador puede señalar para ésta otro -- destinatario.

Mucho más discutida ha sido la naturaleza de ese abandono o - entrega al legatario.

Algún autor, como ASCOLI (47) ha dicho que supone la renuncia de un *legado condicional*, o de la herencia testamentaria, optando - por aceptar solo la legítima. Hay quienes han entendido que signi fica una cesión o dación en pago. DEMOLOMBE (48) entendió que se trataba de una donación. Para otros se trata de una obligación al ternativa. Para GULLON, de una conmutación del objeto legado o un modo especial de satisfacerlo, como había puesto de manifiesto -- LAURENT (49).

De la solución de este problema conceptual se ha dicho que de pende la solución de muchas cuestiones de interés práctico, como

por ejemplo, la de los requisitos formales de la declaración de los legitimarios optando por el abandono, y la determinación del título de la atribución al legatario de la parte de libre disposición, lo que importa a efectos de determinar su responsabilidad por el pasivo hereditario.

BARBERO enfoca la cuestión observando que la legítima, para no ser violada, debe ser respetada en su *quale* y en su *quantum*; pero que puede ocurrir que al legitimario le convenga sufrir cierta lesión en el *quale* si, como compensación, se le atribuye un *quantum* superior a aquél a que tendría derecho; ya que al aceptarlo admite la determinación propuesta por el testador. Al optar por sus derechos legitimarios estrictos, en cuanto *quale* y *quantum*, solo renuncia a la compensación de la merma del *quale* por el mayor *quantum*. Es decir, en cada caso, y repectivamente, opta por una diferente solución de sus derechos a los que, como pone de manifiesto LAURENT, en ningún caso renuncia. Señala igualmente GANGI (50) que el legatario en este segundo caso, percibe su legado con una solución distinta. Es decir, se conmuta su objeto, pero no varía su título.

Esta no variación del título se presta a ser discutida. Es evidente que para aquéllos en virtud del llamado criterio objetivo entienden que es heredero, cualquiera que sea el nombre que se le dé, el llamado a una cuota, y no a los bienes y derechos determinados, se plantea la cuestión de si el legatario de usufructo, satisfecho con la entrega de la totalidad de la parte de libre disposición, deberá por ello ser reputado heredero. No obstante -

lo dicho, parece ser que el verdadero criterio objetivo debe distinguir la cuota hereditaria y la cuota de bienes, que sólo se refiere a una cuota de activo líquido, clave de la distinción entre el heredero llamado a una cuota y el legatario de parte alícuota. Este carácter, en virtud de la conmutación del objeto, pero no -- del título producida por el abandono del legitimario, lo asumiría el legatario del usufructo o de la renta vitalicia, a quien -como señala GULLON- ni el testador ni la ley pretenden convertir en heredero, sino tan sólo que sea satisfecho su interés del mejor modo posible. Por lo que al no ser titular de una *pars hereditatis* sino de una *pars bonorum*, no respondería personalmente de las deudas hereditarias, sino que éstas sólo les afectarán indirectamente, y en tanto en cuanto disminuyan el activo líquido relicto.

NOTAS

- (1) Pág. 657.
- (2) VII, pág. 74.
- (3) *Estudios*, II, pág. 373.
- (4) *Com in sextum Codicis libris*ed. de Lyon, 1558, fol. 150.
- (5) Pág. 487.
- (6) I, pág. 115.
- (7) GONZALEZ PALOMINO, pág. 160; D'ORS y BONET CORREA, pág. 117; LAURENT, tomo XII, pág. 202.

La necesidad de opción en el supuesto de usufructo universal a favor de la viuda o de extraño impuesto a los hijos herederos universales, además de los autores franceses y en especial MOULINEUS, la vemos recogida también en Italia por CUCCHUS y en España por AYERBE DE AYORA, si bien estas opiniones han sido rechazadas por la mayoría de la doctrina, pues de satisfacerse con el pleno dominio de la parte disponible el legado de usufructo, se hace algo que el testador, pudiéndolo ordenar, no había mandado.

En el supuesto de gravarse a los instituidos herederos con usufructo o renta vitalicia véase, además del artículo 820-3 del Cc. español, el 917 del Cc. francés y el 550 del italiano: se extiende el criterio, también, al gravamen de nuda propiedad, en este último, a diferencia de los otros dos textos. Hay en estos preceptos una cautela Socini legal, que estudiaremos en el capítulo VI.

- (8) La genealogía de este artículo asciende desde el artículo 798 del an-

teproyecto de 1882-1888 con el que literalmente coincide y que se remite al artículo 643 del proyecto de 1851 a la vez que al artículo 808 del Código civil italiano de 1865 que establecía que "la porción legítima es cuota de herencia; se debe a los hijos, descendientes o ascendientes en plena propiedad y sin que el testador pueda imponer sobre ella ningún gravamen o condición".

Sin embargo, su redacción resulta en lo esencial, como entiende VALLET, - mucho más próxima a la de aquél que a la de éste: en efecto, el artículo 645 - del proyecto de 1851 decía: "La legítima no admite gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie".

GARCIA GOYENA, después de señalar la conformidad de este artículo de su - proyecto con los artículos 725 sardo y 774 austriaco, advierte su procedencia de la ley *Quoniam in prioribus*, Cod. III-XXVIII, 32, tenida como la base de - la regla que considera como no puestos los gravámenes "ad tempus" e "in qualitate de la legítima". Esta ley recoge una Constitución dada por Justiniano en el año 529 por la que se ordenó la supresión de la condición, plazo o disposición que cause demora o cualquier gravamen sobre la legítima, y que se procesara por tanto como si nada de ello se hubiese añadido al testamento; y de -- las leyes 17, tít. I, y 2, título IV, de la Partida 6a : "Libre e quita sin embargo y sin agravamiento e ninguna condición, e si las ponen, non empescen al fijo heredero, mangüer non las cumpla".

(8^b) Ya Rodrigo SUAREZ señaló la diferencia que mediaba entre los gravámenes *in quantitate* y los *in qualitate*. Para remediar un gravamen en el *quantum*, pese a las palabras de la ley *Scimus* era necesaria la reclamación del legitimario. En cambio, para remover los gravámenes en el *quale*, como ya vimos, conforme a la ley *Quoniam in prioribus* no era necesaria reclamación alguna por parte del legitimario.

La regla general consistía en tener por no puesta la asignación inadecuada; por lo cual el legitimario podía reclamar su legítima en bienes adecuados de la herencia, sin perjuicio de poder contentarse con la atribución testamentaria. Es decir, *se le reconocía una opción*, entre una y otra posibilidad.

La sentencia de 19 de abril de 1963 entendió en su considerando segundo - "que el motivo segundo plantea el sugestivo tema de si es computable como pago de legítima el derecho de usufructo sobre bienes pertenecientes al causante y partiendo de la base de que la legítima es de *orden público* del que no puede - disponer el testador por venir impuesta por la ley, ni hacer recaer sobre ella *gravamen ni limitación alguna*; esto es, que ha de llegar al heredero legítimo con pleno dominio sobre los bienes y derechos que la integran... restricciones que menguan los derechos del legitimario, y consiguientemente atacan al dispositivo del 806 del Código civil... y del 813 que impide imponer sobre la misma gravamen ni condición; y el estimarlo así la sentencia recurrida considerando el pago de la legítima como usufructo sobre bienes inmuebles como lesivo de este derecho". hace una afirmación correcta.

En el supuesto contemplado por esta sentencia referente a una partición - testamentaria, la Audiencia había concedido un plazo al coheredero demandado para que optase porque se procediera a una nueva partición o por indemnizar en dinero, indicando que en este caso quedaría subsistente la totalidad de la adjudicación en usufructo, o si se completase la legítima con el pleno dominio - de bienes asignados en usufructo, subsistiría éste en el exceso. Así, y contra esta solución, el tercer motivo del recurso acusó infracción por violación -

derivada de su falta de aplicación del artículo 667 del Código civil" y lo desarrolló sobre la tesis de que al declarar la sentencia recurrida que la legítima de la demandante no puede pagarse en parte con los derechos que en usufructo le adjudicó la testadora, mantiene la subsistencia de esta adjudicación --- cuando no consta que fuera otra la voluntad de la causante, con lo que se contraviene la disposición testamentaria, pues resulta que al completar su legítima van a corresponderle derechos por la doble vocación, legal y testamentaria. Es decir -dice el T. S.-, que "plantea el tema de la interpretación del testamento como el fundamental del derecho sucesorio y aunque no cita como contravenido el artículo 675 del Código sustantivo que se ocupa de la materia, se ha de estudiar porque el recurso cita como infringida doctrina jurisprudencial, - siendo de citar en primer término que en la primera cláusula testamentaria se instituya y nombra herederos por partes iguales a sus dos hijos y que en la segunda se expresa "al igual de interesarse al igual por sus dos hijos" donde -- claramente queda reflejada la voluntad de la causante, de hacer una distribución igual de su patrimonio, texto claro que ha de prevalecer en la aceptación o sentido de su contenido, por lo que no se aprecia esa contrariedad de voluntad al mantener el derecho hereditario del actor como legitimario y por llamamiento del testador dentro de sus facultades de disposición, esto aparte de -- que no se ha justificado que esta cuota usufructuaria sumada a la legitimaria perjudique los derechos de los demás interesados en la herencia, ni establezca diferencia con el otro coheredero cuyo trato de igualdad proclama como expresión de su voluntad testamentaria, todo lo cual hace decaer el motivo y con él la integridad del recurso".

(9) Pág. 668.

(10) Pág. 493.

(11) Pág. 204.

(12) Pág. 396. El citado autor, en contra de la viabilidad de la cautela, y apoyándose en su previa opinión de que la legítima es atribuida directamente por la ley, entiende que "si existieren herederos forzosos de ulterior grado, han de entrar en lugar del heredero que repudia, con derecho a pedir la reducción del legado configurado a su favor por el renunciante. "La finalidad buscada por la cautela sólo puede obtenerse cuando el círculo de herederos forzosos en el cual actúa se encuentra colocado en el último grado de la escala, de tal modo que la renuncia del legitimario deje la herencia totalmente disponible", aclarando que "si el heredero forzoso no es único entraría en juego el derecho de acrecer, a favor de los otros y a menos que esos repudiasen también la herencia o renunciasen a los bienes que se habría de adjudicarles como consecuencia de la repudiación hecha por el primero".

(13) *Estudios*, II, pág. 176.

(14) Pág. 206 y siguientes.

(15) *Estudios*, II, pág. 175.

(16) Pág. 72.

(17) Un autor alemán, SCHOPP (pág. 543) dice literalmente: "Cuando yo he encontrado estas determinaciones -la cláusula sociniana- en los testamentos, pregunto al correspondiente notario por qué se han tomado estas determinaciones. Se me aclara que el testador ha manifestado que no es de temer la reivindicación de las legítimas, porque los hijos estaban de acuerdo con sus órdenes, hay buen entendimiento entre ellos y por tanto esta cláusula se incluye como mero aseguramiento. Según las palabras del notario, pues, la cláusula ha de tener cierta trascendencia psicológica. Pero además, -continúa diciendo este autor- la pretensión de legítima en su trascendencia económica es muy grave y pesada y por consiguiente una determinación como la cláusula sociniana, cuando se le pretende atribuir un impacto puramente psicológico, sólo debería ser incluida en el testamento después de una detenida inspección sobre el contenido de la pretensión de legítima y mayormente por cuanto su valor psicológico es muy dudoso. Pues esta pretensión anima a los excluidos de la herencia o gravados, muy frecuentemente, a la contradicción; ya que el excluido o gravado por esta cláusula quiere demostrar al favorecido que no está contento con ella, reclamando de esta forma la legítima, contra lo que esperaba el disponente".

(18) Con el fin de comprender mejor el alcance de esta cuestión VALLET replantea el comentario que de una resolución del Senatus Regius Hispalensis hizo Juan DEL CASTILLO SOTOMAYOR en los capítulos 64 y 79 del libro V de sus *Controversias*.

El supuesto era el siguiente: Pleiteaban de una parte don Adrián de Paz y de otra su hermana doña Paula; el caso consistía en que el padre de ambos en su testamento vinculó tercio y quinto a perpetuidad en los descendientes de su dicho hijo don Adrián, y a falta de descendientes de éste en los de doña Paula y de los hijos de ésta, y a falta de descendientes de esta hija, en los de ---otra hija y los descendientes de ésta, ordenando finalmente: "y en la forma su sodicha hago la dicha mejora en favor del hijo don Adrián, mi hijo, y de sus hijos y descendientes, con carga y condición y gravamen que la legítima que de mí le perteneciere haya de ser y sea también vinculada y desde luego se la vinculo juntamente con la dicha mejora". El hijo don Adrián rechazó el cumplimiento de la condición. El Tribunal hispalense -al que apeló la hija- declaró vinculado a don Adrián (y descendientes, etc.) en cuanto a la mejora, pero libre en su legítima, y rechazó la reclamación que su hermana hacía por la que pedía tercio y quinto por no haber cumplido aquél la condición de aceptar la vinculación de su legítima.

CASTILLO SOTOMAYOR observó que el padre en la expresada cláusula, aun ---cuando puso a la mejora la condición de aceptar el mayorazgo, incluso sobre la legítima, en cambio no añadió luego que el hijo, de no consentir el gravamen -impuesto, perdería la mejora de tercio y quinto y por no mejorado se tendría, y que la mejora pasaría al siguiente grado, de lo que se dedujo que no podría inferirse realmente en dicho caso que el padre quisiera privar al hijo de tercio y quinto, y que "como la pena de la privación de la mejora no fue puesta para el caso de que el hijo no quisiera vincular su legítima, por lo tanto, el supuesto no previsto permanece regulado por las disposiciones de Derecho común, en virtud de las cuales obtiene la mejora con su vinculación y gravamen perpetuo; la legítima, sin embargo, libre, y la condición se tiene por no puesta". Y prosiguiendo su interpretación razonó que "en el supuesto examinado, si pasa la mejora a la siguiente en grado, que tampoco quiera consentir la propia -carga, resultaría que a ese siguiente en grado, o sea, al segundo llamado, correspondería la legítima libre, y sin vínculo alguno (puesto que el testador -

no ordenó a los siguientes hijos que vincularan la legítima con el tercio y el quinto), por lo cual se daría la mayor desigualdad, pues el hijo llamado en -- primer lugar y mayor predilecto, sería de peor condición al resultar privado -- de tercio y quinto, en caso de rechazar el gravamen y vinculación de la legítima; y en cambio los siguientes hijos llamados después de él serían de mejor -- condición, ya que obtendrían tercio y quinto, y su legítima sin vínculo alguno ni ningún gravamen; por lo cual no puede verosímilmente presumirse que por la contravención del primer hijo se le privase de lo relicto, cuando a los otros hijos no se les privaría".

Para resolver, finalmente, en términos generales, distinguiendo según no se impusiera pena de privación ni se designara substituto para caso de contravención, o bien se impusiera esa pena de privación y se llamara a otros en su lugar, "queda por tanto el nudo precepto de que el hijo tenga su legítima vinculada, en consejo resuelto, cuando en caso de contravención no sean otros llamados ni se ponga pena de privación".

Hay que hacer notar que la expresión *pena de privación* fue empleada por CASTILLO en sentido lato, que abarcaba tanto la privación de lo adquirido condicionalmente como la no adquisición de lo asignado como compensación o premio para el caso de aceptar el gravamen de la legítima.

(19) En la célebre fórmula del testamento de Nicolas ANTENOREUS, la privación del legado para el caso de no aceptar la carga estaba expresada de modo -- tan claro como la limitación del legitimario a no recibir en este caso sino sólo su legítima estricta, no siendo necesario, por lo tanto, precisar el destino del legado por cuanto quedaba éste refundido en la masa hereditaria.

(20) Pág. 421.

(21) Para LOSANA la cláusula es inútil cuando el legado, no obstante la -- carga aneja, igualase o superase el importe de la legítima, porque debiendo el legitimario imputar a la cuota reservable el legado recibido, el exceso en hipótesis vendría a completar íntegramente su porción legítima. Ineficaz, cuando el legado, con la carga aneja, viniese a resultar inferior a la legítima. Es -- tando la legítima sustraída al arbitrio del testador, cualquier exigencia o condición tendente a defraudar su legítimo derecho, en todo o en parte de la porción al mismo reservada, debería estimarse contraria a la ley y por consiguiente por no escrita. Y no se diga que el legitimario tiene plena facultad de exigir la legítima que le corresponde por la ley; y que renunciando y aquietándose al querer del testador, no cabe más que imputarle a él la mala elección hecha; porque la condición establecida por el testador aneja a su liberalidad, -- tendiendo en sustancia a constreñir al legitimario a aquietarse con su emolumento inferior a la legítima, estaría inspirada en un sentido totalmente contrario a la ley.

Para FUENMAYOR no sólo la tesis de LOSANA aparece totalmente aislada en -- la doctrina italiana, sino que frente a ella es fácil demostrar la utilidad de la cautela por una sencilla consideración. Cuando la cláusula aparece en el -- testamento, puede tener lugar una de estas dos cosas: o la aceptación por el -- legitimario de la cuota gravada mas la disposición que para tal supuesto hace el *de cuius* con carácter complementario, o el no sometimiento a la condición potestativa impuesta y consiguiente percepción de la legítima estricta, sin -- gravamen ni condición alguna. Si, por el contrario, la cautela no existiese, --

debería considerarse nulo el gravamen, y recibiría entonces el legitimario lo que el testador le dejó, que sobrepasa su cuota legal, pero sin traba ninguna.

(22) Pág. 48.

(23) BELLONUS ante la objeción puesta por algunos autores de la insuficiencia de tal aceptación dada la necesidad de renuncia expresa para que el hijo se entendiera renunciante de la legítima, sin que bastara la renuncia general, replicó, primero, que creía suficiente la renuncia general cuando de ella claramente podía deducirse la voluntad del hijo en tal sentido. Y segundo, que la renuncia hecha por aceptación de uno de los dos términos alternativos no es general, sino especial, puesto que en un solo sentido puede entenderse.

Francisco MARZARIO observó que la mayor dificultad resulta cuando muerto el padre se inmiscuye el hijo en la herencia sin expresa aceptación de la misma aprobación del testamento. Por lo cual propuso que en el testamento paterno se designase comisario para que procurase que el hijo hiciese una aprobación y ratificación expresa. Por lo que se refiere a la cautela Socini este autor opinó que "no es nada absurdo decir que esa cautela Gualdense no procede indistintamente, pues puede proceder cuando el hijo expresamente apruebe el testamento, no así cuando adiese simplemente, aprobando sólo tácitamente la voluntad del testador, ya que entonces no se aprecia que renuncie la legítima, a no ser que la aprobación fuese hecha con palabras generales que tengan en todo fuerza particular expresa, y así incluyan la legítima".

ANDREOLUS trató de profundizar más y entendió que puesta la alternativa - no parece que pueda establecerse diferencia para el caso de aceptación de la herencia o una cuota hereditaria y el de aceptar un legado, un prelegado o una institución en cosa cierta. Es más razonable creer que la cuestión radica en el caso de que el heredero entre en posesión de la herencia sin aceptarla expresamente ni realizar ningún acto que pueda reputarse como aceptación tácita. Hipótesis dudosa que no puede identificarse con el supuesto de aceptarse expresamente o simplemente de recibir un legado o un prelegado, ni con el de tomar posesión específicamente de la cosa cierta relicta.

CASTILLO SOTOMAYOR (*op. cit.*, pág. 780 y ss.) entendió que aceptado el prelegado o la cosa cierta dispuesta con dicha condición, la carga se entendía aceptada; en cambio, inmiscuido el heredero en la herencia no se entendía aceptado el gravamen aun puesta la condición de quedar reducida la institución a la legítima en caso de no aceptarlo o contravenirlo, mientras no hubiese expresa aceptación; pero si la extravención o reclamación se producían, el hijo debía restituir la cuota que excediera de su legítima, e incluso algún autor entendió que con sus frutos.

(24) Lo presunto y lo expreso se contraponen siempre; lo mismo ocurre con lo tácito y lo formal; en cambio, lo expreso y lo tácito no se contraponen más que en el caso de que aquello signifique lo verbalmente expresado y lo tácito signifique lo expresado con hechos, pero sin palabras; pero no se contraponen cuando éste significa lo expresado sin declaración formal, aunque sí verbalmente, de modo directo o indirecto, con cualquier expresión.

(25) Lugar citado.

(26) Pág. 678.

(27) Col. 147.

(27)^b La solución del Código civil para la opción legal se defiende, para otro caso concreto, en la doctrina española actual. por GONZALEZ PALOMINO, --- SAENZ DE SANTAMARIA y BORRACHERO, quienes mantienen la posibilidad de asignar el usufructo universal al cónyuge viudo siempre que su valoración sea inferior a la parte libre y a la legítima del propio viudo, y ello sin necesidad de --- ofrecer alternativa alguna al legitimario, ordenando el usufructo directamente. Para GONZALEZ PALOMINO, porque siendo el usufructo y la nuda propiedad bienes perfectamente valorables, se pueden pagar las legítimas de los herederos forzosos con adjudicaciones en nuda propiedad. Para SAENZ DE SANTAMARIA, porque el artículo 813-2º, al salvar lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo, no se refiere al usufructo legal. El precepto comienza por prohibir "los gravámenes impuestos por el testador, y, por tanto, cuando introduce una excepción a dicha regla general es lógico suponer que se refiere a gravámenes del mismo tipo y origen que los prohibidos". Sería, dice, "un contrasentido que el Código prohibiera al testador imponer gravámenes sobre la legítima y a renglón seguido admitiese como excepción a dicha prohibición un gravamen que no lo impone el testador, sino que viene impuesto preceptivamente por la ley". Y además si -según alega- "el artículo 813 sólo se refiere a la legítima estricta, no hay duda de que el usufructo al que se remite en sus palabras finales no puede ser el usufructo viudal que establecen los artículos 834 y ss. por una razón sencillísima: porque nunca el usufructo viudal que los artículos 834 y siguientes establecen en favor del cónyuge viudo puede recaer en lo que por la legítima estricta ha de recibir cada uno de los hijos".

Como dice LACRUZ BERDEJO el causante no puede imponer nunca el usufructo incondicionado de su cónyuge sobre la legítima estricta de los hijos o la legítima de los ascendientes, si bien a este usufructo, como a cualquier otro, le es aplicable, sin necesidad de cláusula de opción y sustituyéndola, el artículo 820-3º del Cc.

(28) El artículo 917 del Código civil francés establece que "si la disposición por actos *inter vivos* o por testamento es de un usufructo o de una renta vitalicia, en el valor que excede de la cuota disponible, los herederos en provecho de los cuales la ley ha hecho una reserva (legitimarios) tendrán la opción, o de ejecutar esa disposición, o de hacer abandono de la propiedad de la cuota disponible".

El artículo 810 del Código civil italiano de 1865 establecía que "cuando el testador dispone un usufructo o renta vitalicia cuyo rédito excede de la porción disponible, el heredero en cuyo favor la ley reserva la porción legítima, tiene la posibilidad de ejecutar tal disposición o de abandonar la propiedad de la porción disponible".

El artículo 550 del Código civil italiano de 1942 establece que "cuando el testador dispone de un usufructo o de una renta vitalicia cuyo rédito excede de la porción disponible, el legitimario al que ha sido asignada la nuda propiedad de la cuota disponible o de parte de ella puede, bien exigir tal disposición, o abandonar la nuda propiedad de la parte disponible. En el segundo caso, el legatario, no adquirirá la cualidad de heredero".

(29) El Derecho germánico al contrario de lo que ocurría en Derecho romano, desconocía originariamente un derecho de herencia forzosa. Sustituido por algo

más fuerte: los hijos tenían sobre el patrimonio paterno un derecho originario del que no podían ser privados. Sólo a causa del desarrollo, en la edad media, de las donaciones a causa de muerte, se abrió en él una considerable brecha, - de manera que con la aceptación del Derecho romano se produjo una transacción: una parte de la herencia quedó a la libre disposición del causante, mientras - que el resto quedaba intangiblemente reservado a los herederos. En estas directrices se inspiró el BGB, que distingue el valor reservado a la familia de la porción disponible, si bien los Derechos estatutarios alemanes aplicaban muchas veces a ambas clases de bienes la palabra *Pflichtteil*. Pero esta parte debida estatutaria es algo distinto; no es lo que pueden demandar en dinero un - descendiente si no ha sido favorecido competentemente en el testamento, sino - parte de herencia intestada de que no se puede privar a los hijos.

Este desenvolvimiento tiene su clave en el Código de Derecho territorial prusiano, donde no se reconoce un derecho de los legitimarios al honor de ser instituidos herederos, sino sólo un derecho de legítima cuya naturaleza sigue siendo muy discutida, pero que según la concepción que ha terminado por prevalecer concede, al legitimario solamente derecho a una suma de dinero: por consiguiente, un derecho que en principio no afectaba a la sucesión, y que se dirigía contra el caudal relicto como tal, representando una obligación de la masa hereditaria. El Tribunal del imperio aceptó este punto de vista, y el Código civil alemán lo siguió al configurar la legítima.

Por lo tanto, cabe decir que la legítima alemana consiste en el derecho que tienen determinadas personas, a la muerte de un causante, de obtener un determinado valor con cargo a su herencia. De lo que se deduce que en principio no puede hablarse de una infracción de la legítima por el causante, pues no es ningún de- de herencia legal del cual no pueda ser privado el legitimario, como en el antiguo Derecho germánico, ni un derecho a la anulación de la disposición de última voluntad, como ocurría en Derecho romano, sino que se manifiesta esencial mente como una simple pretensión crediticia contra la herencia.

Del derecho de legítima nace en el BGB., en ciertos supuestos, la pretensión de legítima: existe tal pretensión, en principio, cuando el legitimario ha sido excluido de la sucesión del causante por disposición a causa de muerte y éste no le ha atribuido nada por otro concepto, sin que además le haya privado con justa causa de dicha legítima. Este consiste, entonces, en la mitad del valor de la cuota abintestato, y por consiguiente la pretensión de legítima es siempre un crédito en dinero; naciendo ésta también cuando el causante ha de- clarado que el legitimario debe recibir sólo su parte legítima o lo limita a - ella. En efecto, tal disposición no supone ni institución de heredero ni legado, pues el testador sólo declara que el legitimario debe quedar limitado a su pretensión legitimaria legal: el hecho tiene indudables consecuencias prácti- cas, pues en los supuestos citados, si bien corresponde al legitimario la pre- tension de legítima, tampoco puede decirse que haya una infracción de su dere- cho.

Si al legitimario se le ha dejado la mitad de su cuota hereditaria abin- testato o más, sin limitaciones o cargas, aunque repudie la atribución, no nace para él la pretensión de legítima. Si se le ha dejado una porción de la he- herencia inferior a la mitad de lo que le correspondería abintestato, tiene sola- mente una pretensión de legítima, contra sus coherederos, por la diferencia de valor entre la parte que se le ha dejado y el importe total de su legítima. En tal caso, por consiguiente, el legitimario no queda excluido de la sucesión, y sin embargo, tiene la pretensión de legítima. Y por último, si el legitimario llamado como heredero es limitado por la institución de un postheredero o el -

nombramiento de un ejecutor testamentario, o mediante una partición determinada por el causante, o bien si queda gravado con legados o cargas, debe distinguirse entre el caso de la parte que se le atribuye sea superior a la mitad de la parte de la cuota que le correspondería abintestato, o el de que sea inferior. Véase con más extensión, el *Derecho de sucesiones* de BINDER.

(30) Col. 543.

(31) Pág. 196.

(32) Pág. 118.

(33) Pág. 72.

(34) Pág. 322.

(35) Pág. 552.

(36) Col. 88.

(37) Pág. 322.

(38) *La opción*, pág. 589.

(39) Pág. 202.

(40) *El usufructo*, pág. 160.

(41) Pág. 203.

(42) Pág. 437.

(43) Pág. 386.

(44) Pág. 849.

(45) Pág. 880.

(46) Pág. 275.

(47) Col. 87.

(48) Pág. 156.

(49) Pág. 205.

(50) Pág. 345.

24

CONCLUSIONES

1a CONCLUSION

La cláusula prohibitoria de impugnación del testamento como cualquier otra cláusula de naturaleza semejante, tiene ciertos matices de condición resolutoria, pero no constituye una condición propiamente tal; teniendo también, al ejecutarse la sanción ciertos caracteres de la rescisión por incumplimiento del modo.

2a CONCLUSION

Las cláusulas prohibitorias son válidas en tanto en cuanto no infrinjan la legítima o bien no impidan la impugnación en los casos en que exista nulidad o anulabilidad del testamento.

3a CONCLUSION

La cláusula prohibitoria, a menos que lo prevea expresamente, sólo se refiere a la impugnación judicial, sea mediante acción o mediante excepción. Cuando la cláusula es válida los tribunales deberán apreciar, para no aplicar la sanción o moderarla, la buena fe del impugnante.

4a CONCLUSION

Las disposiciones testamentarias sometidas a la cláusula son plenamente eficaces desde el momento en que se abra la sucesión, sujetas a la rescisión sancionatoria en el caso de incurrir en la sanción.

5a CONCLUSION

La prohibición general de intervención de los tribunales o la prohibición del juicio de testamentaría no pueden infringir los derechos de los legitimarios ni de los acreedores. Tampoco pueden hacer imposible la división de la herencia.

- 326 -

6a CONCLUSION

La llamada "cautela Sociniana" es válida frente a los legítimos siempre que les ofrezca una opción que respete sus legítimas.

384

B I B L I O G R A F I A

ALBALADEJO, M., *El error en las disposiciones testamentarias*, en R.D.P., 1949, pág. 424.

ALBALADEJO, M., *De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*, en A.D.C., 1954, pág. 319.

ALBALADEJO, M., *El albaceazgo en el Derecho español*, Madrid, 1969.

ALBALADEJO, M., *Las sustituciones puras...*, en A.D.C., 1979, págs. 515-561.

ASCOLI, A., *Legato alternativo. Legittimazione*. Foro italiano, XV, 1890, I. col. 88.

AUBRY y RAU, *Droit civil français*, VI, sixieme edition, Paris, -- 1964.

AZZARITI, F.S., MARTINEZ, G., AZZARITI, G., *Successioni per causa di morte*, seconda edizione, Padova, 1948.

BARASSI, L., *Le successioni per causa di morte*, Terza edizione, - Milano, 1947.

BARBERO, D., *L'usufructo e i diritti affini*, Milano, 1952.

BARBERO, D., *Sistema Istituzionale del Diritto privato italiano*, .
Qinta edizione, Torino, 1958.

BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Precis de Droit civil*, III, Paris, 1902.

BINDER, J., *Derecho de sucesiones*. Traducido de la segunda edi --
ción alemana y anotado conforme al Derecho español por José -
Luis LACRUZ BERDEJO, Barcelona, 1953.

BINZ, F., *Die erbrechtliche Verwirkungsklausel in letztwilligen --*
Verfügungen, Mainz, 1968.

BIONDI, B., *Successioni testamentaria. Donazioni*. Milano, 1943.

BONET RAMON, F., *Compendio de Derecho civil*, V, Madrid, 1965.

BRUGI, B., Voz "cautela", en *Il Digesto italiano*, VII, Torino ---
1894, págs. 657 y ss.

CANCER, J., *Variae Resolutinis Utriusque iuris*, Ed. novissima, Lugduni, 1712.

CARAMAZZA, G. (ver DE MARTINO)

CARBONNIER, J., *Droit civil*, V, dixième édition, Paris, 1971.

CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo VI, I, II y III, duodécima edición, Madrid, 1978.

CASTILLO SOTOMAYOR, J., *Quotidianarum controversiarum iuris*, Ed. Lugduni, 1667.

CASTRO, F. DE, *Derecho civil de España*, Vol. I. Tercera edición, Madrid, 1955.

CICU, A., *Le successione*, Parte II-2, Milano, 1947.

CICU-MESSINEO, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, XLII, seconda edizione, Milano, 1961.

COING, (Ver KIPP).

COLIN y CAPITANT, *Cours elementaire de Droit civil français*, III, Paris, 1959.

COVIELLO, N., *Successione legitima e necessaria*, seconda edizione,

Milano, 1938.

D'AVANZO, W., *L'abbandono del legittimario nella 'cautio' sociniana e la necessità dell'atto scritto se a per ogetto beni immobili*, en *Giurisprudenza italiana*, 1938, columnas 145 y ss.

DAVILA GARCIA, J., *Herederos y legitimarios. Donde hay herencia - no hay legítima*, en *R.C.D., Inmob.*, 1943, págs. 668 y ss.

DEKKERS, R., *Precis de Droit civil belge*, III, Bruxelles, 1955.

DEMOLOMBE, C., *Cours du Code de Napoleon*, IV, París, 1857.

DELGADO ECHEVERRIA, J., (LACRUZ), *Elementos de Derecho civil*, II, Barcelona, 1977.

DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 1978.

D'ORS - BONET CORREA, *El problema de la división del usufructo*, en *A.D.C.*, 1952, págs. 117 y ss.

Enciclopedia del Diritto, Voz *Condizione*, VII, Varese, 1961, -- págs. 762 y ss.

ENNECERUS - KIPP - WOLF., *Tratado de Derecho civil*, I (parte gene - ral) vol. 2, Barcelona, 1943.

ERMANN (HENSE), *Handkommentar zum Bürgerlichenrechte*, Münster, ---
1976.

ESPIN CANOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, VI, quinta --
edición, Madrid, 1978.

ESPINAR LAFUENTE, F., *La herencia legal y el testamento*, Barcelo-
na, 1973.

FUENMAYOR CHAMPIN, A., *Intangibilidad de la legítima*, en A.D.C.,
1947, págs. 46 y ss.

GANGI, C., *Il legati nei Diritto civile italiano*, Padova, 1932.

GANGI, C., *La successione testamentaria*, II, Milano, 1948.

GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Códifi-*
go civil español. Reimpresión de la edición de Madrid de 1852,
Zaragoza, 1974.

GIANNASTTASIO, C., *Delle successioni*, Lib. II, Tít. I, Torino, --
1961.

GIANNASTTASIO, C., *Trattato di Diritto civile e commerciale*, V,
" Milano, 1967.

GITRAMA, M., *La administración de herencia en el Derecho español*,

Madrid, 1950.

GLUCK, F., *Commentario alle pandecte*, Lib. V, Tit. II, 546, Milano, 1893, págs. 419 y ss.

GONZALEZ PALOMINO, J., *El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos*, en R.D.P., 1936, págs. 160 y ss.

GONZALEZ PALOMINO, J., *Estudios de arte menor*, II, Pamplona, 1964.

GROSSO e BURDESSE, (ver VASSALLI).

GULLON, A., *El párrafo III del artículo 820 del Código civil*, en A.D.C., 1951, págs. 880 y ss.

GUTIERREZ, J., *Practicarum quaestionum civilium*, ed. Lugduni, --- 1730.

HENSE, (ver ERMANN).

JOSEF, E., *Die privatorische klausel in testamenten*, en Archiv -- für Rechtsplege in Sachsen, 1926, págs. 105 y ss.

JOHANNSEN, *Das bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes*, Band 51, Teil, 12 - Auflage, Berlin, 1968, RGRK # 2074 R.N.R.

KIPP, T., *Derecho de sucesiones en el Tratado de Derecho civil de Ennecerus*, V, 2a. edición, Barcelona, 1948.

KIPP, T., *Derecho de sucesiones*. (Traducción española con estudios comparativos de ROCA SASTRE.) Vol. II, Barcelona, 1951.

KIPP, COING, *Erbrecht ein lehrbuch*, 13 bearbeitung, Tubinga, 1978.

KOHLER, R., *Das niessbrauchsvermächtnis als ersatz des berliner - testaments*, en NJW , 1948, págs. 364 y ss.

LACRUZ, J. L., *Derecho de sucesiones*, vol. I y II, Barcelona, --- 1971.

LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho civil*, V, Derecho de sucesiones, Barcelona, 1981.

LAMBERT, E., *De l'exheredation et des legs faits au profit d'heretiers presontifs*, París, 1875.

LANGE y KUCHINKE., *Lehrbuch des erbrechts*, München, 1978, págs. 498 y 499.

LAURENT, F., *Principes de Droit civil français*, V, XII edición, - Bruxelles, 1843.

LEBRUN, D., *Traité de successions*, LII, cap. II, sec. IV edición,

Paris, 1875.

LEONHARD, F., *Die entziehungsklausel Enterbung für den fall der Testamentssanfechtung*, Marburg, 1918.

LOBATO, J. M., *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, 1974.

LOSANA, C., *Voz Sucesiones testamentarias*, en *Il Digesto italiano*, XXI, Torino, 1921.

LUCCA, J.B., DE, *Teatrum veritatis et Iustitiae*, Lib. II. Parts - III, disc., XVIII^o Vol., VI ed. Venezia, 1716.

LUNA, A., *Disciplina del modo testamentario imposible*, en A.D.C., 1968, pág. 168.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, V, sexta edición, Madrid, 1951.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, VII, séptima edición, Madrid, 1956.

MARCADE, V., *Spiegacione teóricopractica del Codice Napoleone*, V, sexta edición, Napoli, 1874.

MARTINO, V., DE, *Commentario teóricopratico al Codice civile*,

arts. 587-712. Por G. CARAMAZZA. Prima edizione, Roma, 1973.

MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, IV, nouvelle licence, quatrième année, Paris, 1963.

MEDINA y MARAÑON, *Leyes civiles de España*, II, Duodécima edición, Madrid, 1964.

MONTES, *El modo testamentario y las prohibiciones de disponer*, en A.D.C., 1974, pág. 301.

NATTER, E., *Die Verwirkungsklausel in letztwilligen Verfügungen*, - en D R Z, 1946, págs. 3 y ss.

NAST, (ver PLANIOL y RIPERT).

NIPPERDEY (ver ENNECERUS).

Novissimo Digesto italiano, voz *Condizione*, III, terza edizione, Torino, 1957.

OERTMAN, P., *Die 'cautela Socini' unter der Herrschaft des Bürgerlichen gerstzbuchs*, en Zentralblatt für Freioillige: Gerischtsbakeit und notariat, XV, 1914, págs. 366 y ss.

OLSHAUSEN, E., *Die sicherung gleichmässiger vermögensteilhabe bei berliner testamenten mit nicht-gemeinsamen kindern als schlus-*

s rben, en el Deutsche Notar Zeitschrift, 1979, pág. 707 y ss.

OSSORIO, J., *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957.

PACIFINI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, VI, --
quarta edizione, Firenze, 1914.

PAGE, H., DE, *Traité elementaire de Droit civil belge*, Tome VIII-
II, Bruxelles, 1947.

PALANDT, *Burgerliches Gesetzbuch*, München, 1981.

PLANIOIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, V, --
deuxième édition, Paris, 1957.

POTHIER, *Coutumes des Duchê , Billiage et Prévoté d'Orleans*, Tit.
XVI, Sec. II, # 2, núm. 55. en "Oeuvres de POTHIER", T. XVI, Pa
rís, 1825.

POTHIER, *Traité des donations testamentaires*, cap. IV, art. II, V,
Op. cit.

PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, IV, Madrid, 1968.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. II, -
segunda edición, Barcelona, 1977.

PUIG FERRIOL, L., *El albaceazgo*, Barcelona, 1967.

PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo V., vol I, Madrid, 1963.

RICARD, J. M., *Traité des donations entre vifs et testamentaires* Vol. I, 3a. parte, Cap. X, sec. I, núms. 1435 y ss, ed. París, 1754.

RICHERI, *Universa civilis et criminalis Jurisprudentia*, VII, se - gunda edición, Torino, 1827.

ROCA SASTRE, R. M., *Naturaleza jurídica de la legítima*, en R.D.P. 1944, págs. 203 y ss.

ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de Derecho sucesorio*, II, Madrid, -- 1948.

ROGUIN, E., *Traité de Droit civil comparé*, Vol. IV, Paris, 1912.

ROYO MARTINEZ, *Derecho civil*, Tomo II, Vol. II, segunda edición, Sevilla, 1951.

SANCHEZ ROMAN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VII, Vol. I.y II, Madrid, 1910.

SANTAMARIA, J., *Comentarios al Código civil*, I, Madrid, 1958.

SAVATIER, R., *Cours de Droit civil*, III, deuxième edition, Paris, 1951.

SCAEVOLA, *Código civil*, VIII y XII, segunda edición, Madrid, 1950.

SCIALOJA-BRANCA, *Commentario del Codice civile*. Arts. 679-712, por M. TALAMANCA, Ristampa della prima edizione, Bologna, 1972.

SCHOPP, *Einige testamentsbestimmungen in Licht des pflichtteilrechts*, Der Deutsche Rechtspfleger, 1954, col. 543-549.

STAUDINGER, *Über Bedingung und Zeitbestimmungen letz kommentar*, Tomo V. 11a ed. por Seybold, Berlin, 1954.

STOLFI, *Il nuovo Codice civile commentato*, II (delle successione e donazioni), Napoli, 1941.

SURDUS, *Tractatus de ALIMENTIS*, Tit. II, Quaest XV, núm. 181. (Cfr ed. 1645).

TORRALBA, *El modo en el Derecho civil*, Madrid, 1967.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Fideicomiso a término y condicional y la cláusula "si sine liberis decesserit" en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil*, en A.D.C., 1956, págs. 783 y ss.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Perspectiva histórica de las cautelas de opción compensatoria de la legítima*, en R.D.N., 1964, págs. 9 y ss.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Tratado teórico práctico y crítico - de Derecho civil: las legítimas*, II, Madrid, 1974.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho sucesorio*, II, Madrid, 1981.

VALLS y FAUS ESTEVE, *Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1966.

VALVERDE, C., *Derecho civil español*, V, tercera edición, Valladolid, 1921.

VASSALLI, F., *Trattato di Diritto civile*, Vol. XII. T. I., *Le successioni*, por Grosso e Burdese, Torino, 1977.

VENZI, G., (Ver PACIFINI-MAZZONI).

VIGILI SORRIBES, F., *Herederio forzoso y herederio voluntario; su condición jurídica*, en R.C.D., Inrob., 1945, pág. 493.

VITALI, *Successioni*, III, seconda edizione, Napoli, 1923.

VOET, J., *Commentariorum ad pandectas*, Lib. V., Tit. II, núm. 63,
t. I, ed. Quarta - Veneta-Bassani, 1804.

342

INDICE

PRIMERA PARTE

	Pág.
I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS CLAUSULAS PROHIBI- TORIAS	5
1. EL SUPUESTO: EJEMPLOS Y FINALIDAD -----	5
A. DERECHO ESPAÑOL -----	5
B. DERECHO ALEMAN -----	9
C. DERECHO ITALIANO -----	12
D. DERECHO FRANCES -----	13
E. FINALIDAD -----	15
2. LA PROHIBICION DE IMPUGNAR EL TESTAMENTO Y EL ARTI- CULO 675-2 DEL CÓDIGO CIVIL -----	16
A. ORIGEN -----	16
B. SITUACION -----	17
C. JUSTIFICACION DEL PRECEPTO -----	18

	Pág.
3. LA PROHIBICION DE INTERVENCION JUDICIAL -----	22
4. LAS CLAUSULAS DE OPCION COMPENSATORIA DE LA LEGITI- MA -----	24
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	25
 II: DERECHO COMPARADO	27
1. DERECHO ALEMAN -----	29
2. DERECHO FRANCES -----	33
A. CLAUSULA VALIDA -----	35
B. CLAUSULA NULA -----	37
C. LAS ACCIONES DE NULIDAD Y LA CLAUSULA PROHIBITO- RIA -----	39
3. LA DOCTRINA BELGA -----	40
4. EL DERECHO ITALIANO -----	41
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	45
 III. NATURALEZA DE LA CLAUSULA PROHIBITIVA	51
1. TEORIA DE LA CONDICION SUSPENSIVA -----	53
2. TEORIA DE LA CONDICION RESOLUTORIA -----	57
3. TEORIA DE LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA -----	62
4. TEORIA DE LA CLAUSULA PENAL -----	65

	Pág.
5. TEORIA DE LA OBLIGACION ALTERNATIVA -----	68
6. TEORIA DEL MODO O CARGA MODAL -----	70
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	75
 IV. VALIDEZ DE LA CLAUSULA PROHIBITORIA	 78
1. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR -----	80
2. LA LICITUD DE LA CLAUSULA PROHIBITORIA -----	85
3. EL ARTICULO 675-2º DEL CODIGO CIVIL -----	86
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	91
 V. CONCEPTO DE IMPUGNACION	 92
1. LA PROHIBICION DE "INTERVENCION JUDICIAL" -----	94
2. EL SENTIDO DE LA PALABRA "IMPUGNACION" -----	96
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	99
 VI. LAS CAUSAS DE IMPUGNACION	 100
1. OBJETO DE ESTE CAPITULO -----	102
2. LA TERMINOLOGIA CIENTIFICA Y EL LENGUAJE DEL CODI- GO -----	104
3. LA CATEGORIA GENERAL DE LA INVALIDEZ APLICADA A LOS TESTAMENTOS -----	110

	Pág.
4. IMPUGNACION DEL TESTAMENTO Y VICIOS DE LA VOLUNTAD --	112
A. LA DIVERGENCIA ENTRE VOLUNTAD Y DECLARACION -----	114
B. EL ERROR VICIO -----	117
C. DOLO Y VIOLENCIA -----	119
5. IMPUGNACION DEL TESTAMENTO POR VICIOS DE FORMA -----	125
6. IMPUGNACION POR PRETERICION NO INTENCIONAL DE HIJOS O DESCENDIENTES -----	130
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	134
 VII. LA INFRACCION	 139
1. INTERPRETACION DE LA CLAUSULA -----	142
A. MODELOS -----	143
B. DIFICULTADES PRACTICAS -----	144
C. INTERPRETACION RESTRICTIVA -----	147
D. CONSECUENCIAS -----	148
2. EL PRESUPUESTO DE LA VALIDEZ -----	150
3. CONCEPTO SUBJETIVO DE LA INFRACCION DE LA CLAUSULA PROHIBITORIA -----	151
4. CONCEPTO OBJETIVO -----	152
A. EXTERIORIDAD Y PERSONALIDAD -----	152
B. MANIFESTACIONES DE DESCONTENTO -----	153

	Pág.
C. PREPARATIVOS DE IMPUGNACION. IMPUGNACION EXTRA- JUDICIAL -----	154
D. ACCION Y EXCEPCION -----	155
5. LAS CAUSAS DEL LITIGIO -----	156
6. INFLUENCIAS DE LA ESTIMACION DE LA DEMANDA Y DE LA BUENA FE -----	161
A. ALEMANIA -----	161
B. BELGICA -----	164
C. ESPAÑA -----	164
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	168
VIII. EFECTOS DE LA CLAUSULA	175
1. PERIODO DE PENDENCIA -----	177
2. EFECTOS DE LA INFRACCION -----	179
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	185

S E G U N D A P A R T E

LA PROHIBICION DE INTERVENCION JUDICIAL	187
I. LA PROHIBICION DEL JUICIO DE TESTAMENTARIA	190

	Pág.
1. HEREDEROS VOLUNTARIOS. EL NOMBRAMIENTO DE CONTADOR RES PARTIDORES -----	190
2. LA PROHIBICION Y EL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTADOR- RES-PARTIDORES -----	198
3. LA PROHIBICION Y LOS LEGITIMARIOS -----	199
 II. LA PROHIBICION GENERAL DE INTERVENCION DE LOS TRIBUNALES	205
1. LA APROBACION JUDICIAL -----	205
2. LIMITES DE LA PROHIBICION. EL CUMPLIMIENTO DE LA ULTIMA VOLUNTAD -----	207
3. LA PROHIBICION Y EL HEREDERO O LEGATARIO QUE ACCIONA POR OTRO TITULO -----	209
 III. IMPUGNACION DE LA PARTICION REALIZADA POR EL ALBACEA ..	215
1. PLANTEAMIENTO -----	215
2. LA FACULTAD DEL ALBACEA DE INTERPRETAR EL TESTAMENTO TO -----	216
3. LA CLAUSULA PROHIBITORIA Y LA INTERPRETACION DEL ALBACEA -----	220
4. LA INFRACCION DE LAS REGLAS DE LA PARTICION -----	225
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	227

TERCERA PARTE

LA LLAMADA CAUTELA SOCINIANA 234

I. INTRODUCCION	237
1. LAS CAUTELAS -----	237
2. LA OPCION COMENSATORIA -----	240
3. PROBLEMAS A CONSIDERAR -----	241
II. HISTORIA	244
III. LA OPCION LEGAL	249
1. CASOS PARTICULARES -----	249
2. LA REGLA GENERAL, INTANGIBILIDAD DE LA LEGITIMA ----	251
IV. LICITUD DE LA CLAUSULA	256
1. EN GENERAL -----	256
2. EN PARTICULAR, LAS DISPOSICIONES A TITULO DE PENA --	260
3. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA -----	262
4. EL PROBLEMA ESPECIAL DE LA CAUTELA QUE GRAVA A LA MEJORA -----	268

	Pág.
5. DERECHO FORAL CATALAN,-----	
V. ALCANCE Y REQUISITOS DE LA CAUTELA	273
1. ALCANCE. EL REQUISITO DE LA IMPOSICION EXPRESA -----	273
2. EL REQUISITO DE LA ATRIBUCION SUPERIOR -----	274
3. EL REQUISITO DE LA INCOMPATIBILIDAD -----	276
4. EL REQUISITO DE LA ACEPTACION -----	279
A. LA CUESTION EN EL DERECHO COMUN -----	280
B. CODIGO CIVIL -----	284
5. EL ACTO DE ELECCION -----	287
VI. LA CAUTELA LEGAL DEL ARTICULO 820-3	290
1. ANTECEDENTES -----	290
2. DERECHO COMPARADO -----	293
3. CAMPO DE APLICACION DEL PRECEPTO -----	297
4. DIVERSIDAD DE LEGADOS -----	300
5. EL "EXCESO DE LA PORCIÓN DISPONIBLE" -----	303
6. PLURALIDAD DE LEGITIMARIOS Y OPCION -----	308
7. EL ABANDONO O ENTREGA -----	310
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	314

	Pág.
CONCLUSIONES	323
BIBLIOGRAFIA	327
INDICE	342